محمد علي التوحيدي

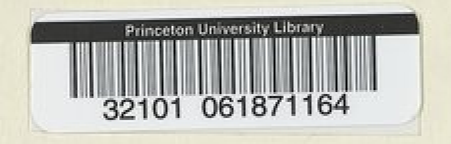


من تقرير بحث أستاذنا الأعظم آية ... العظمى

السيد ابو القاسم الخوئي

دام ظله العالي

الجزء الرابع


Princeton University Library
32101 061871164

Tawhīdī

مصباح الفقاهة

من تقرير بحث الاستاذ الأكبر آية الله العظمى الحاج السيد
أبو القاسم الموسوي الخوئي دامت افاضاته .

لمؤلفه

الميرزا محمد علي التوحيدي التبريزي

الجزء الرابع

المطبعة الحيدرية ـ النجف

١٣٧٤ هـ ــ ١٩٥٤ م

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين محمد وعترته الطاهرين
واللعنة الدائمة على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين وبعد فمن منن المولى جل شانه على ان وفق
رجالاً علماء وافاضل يهتمون بحفظ ما القي اليهم في محاضراتي تقريراً وتحريراً حرصاً منهم عليها وتحفظاً
على المعارف والعلوم الدينية وممن في طليعة هؤلاء جناب الفاضل المهذب الصفي والعلامة
المحقق الزكي ركن الاسلام قرة عيني العزيز الميرزا محمد علي التبريزي فانه دام فضله السامي
قد اتعب نفسه مدة طويلة وسهر الليالي في تحرير ابحاثي وتنقيحها في الفنون المتنوعة من الفقه
والتفسير والاصول حتى بلغ بفضل الله وحسن توفيقه الدرجة العليا من العلم والعمل واصبح
من العلماء العظام والاجلة الاعلام ولقد سرحت بصري في ما علقه على كتاب المكاسب
لشيخ مشايخنا العظام استاذ الفقهاء والمجتهدين المؤسس المجدد آية الله العظمى الشيخ
مرتضى الانصاري قدس الله تعالى اسراره فاعجبني غوره في التحقيق والتدقيق وسعة
اطلاعه على مصادر الروايات وموارده‍ا وما كتبه دام فضله وتأييده واف بابحاثنا
وكاف بتوضيح ما حققناه فليحمد الله وليشكره على ما انعم به عليه والله يختص برحمته
من يشاء انه واسع عليم والحمد لله اولاً وآخراً

ابو القاسم الموسوي الخوئي

في ١٣ شهر رجب ١٣٧٣

اسم الكتاب : مصباح الفقاهة

اسم المؤلف : محمد علي التوحيدي التبريزي

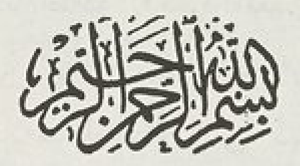
الناشر : الشيخ مهدى الحاجيانى

تاريخ الطبع : ١٤٠٣

طبع من هذا الكتاب ٢٠٠٠ نسخة فى مطبعة : امير قم

الطبعة الأولى : قيمت ٩٠٠ ريال





قوله" مسئلة : ومن شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين او ماذونين من المالك او الشارع فعقد الفضولى(١) لا يصح اى لا يترتب

١ـ الفضولى لغة هو الاشتغال بما لا يعنى قال فى المصباح : "وفضل فضلا من باب قتل زاد وخذ الفضل اى الزيادة و الجمع فضول مثل فلس و فلوس وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لاخير فيه ولهذا نسب اليه على لفظه فقيل فضولى لمن يشتغل بما لا يعنيه لانّه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد وسمى بالواحد" وفى اقرب الموارد : "الفضول جمع الفضل كما مر والفضول العمل الفضولى وهو مفرد هنا يقال ان ذلك فضول منه اى اشتغال بما لا يعنيه" .

اقــول : لولا تنزيل الجمع منزل المفرد لكان القياس ان يقال فى مقام النسبة فضلى لافضولى .

اما فى الاصطلاح فعن الشهيد : "هو الكامل الغير المالك للتصرف ولو كان غاصبا" ، وفى شرح فتح القدير الفضول : "جمع فضل غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه" وكيف كان الفضولى صفة للعاقد وما هو صفة للعقد انما هو الفضول فجعل الفضولى صفة للعقد مجاز ومن قبيل توصيف الشئ بحال متعلقه .

عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم) ٠

اقول قبل التعرض لحكم العقود الفضولية يحسن بناان نتعرض لامرين

الاول : اذا قلنا بصحة العقود الفضولية فهل يمكن ان يحكم بصحة الايقاعات الفضولية ام لا ؟ اذا قلنا بان الالتزام بصحة العقود الفضولية انما هوعلى خلاف القاعدة اعنى بها اصالة الفساد ، وان الاطلاقات والعمومات لاتشملها حكمنا بفساد العقود و الايقاعات ـ الفضولية الا ما خرج بالدليل قيل : ان مقتضى القاعدة وان كان هو الحكم بصحة العقود والاياقاعات ، ولكن قام الاجماع على عدم جريان الفضولية فى الطلاق والعتاق بل فى مطلق الايقاعات ٠

واذا قلنا بأن صحة العقود الفضولية موافقة لمقتضى القاعدةحكمنا بصحة الايقاعات الفضولية أيضاً الا ما خرج بالدليل لان العمومات و المطلقات كما تشمل العقود الفضولية كذلك تشمل الايقاعات الفضولية أيضاً وعليه فما ورد بالخصوص فى صحة العقود الفضولية يكون مؤيدلتلك العمومات و المطلقات ٠

و يرد عليه : أنا لو سلمنا وجود الاجماع هنا ، ولكن لا نسلم كونه اجماعا تعبديا اذ من المحتمل ان القائلين ببطلان الطلاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى ان بطلان طلاق المكره يقتضى بطلان طلاق الفضولى بالاولوية اوالى الروايات الدالة على ان الطلاق لاينفذ الا اذا صدرمن الزوج اوممن هوماذون من قبله او من قبل الشارع ، وان القائلين ببطلانالعتاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى الروايات الدالة على انه لاعتق الا فى ملك و ان القائلين ببطلان مطلق الايقاعات الفضولية قد استندوا فى ذلك الى

عدم قابلية الايقاع للتعليق واقعا ، او الى غير ذلك عن الوجوه الاعتبارية ، واذن فيرجع البحث الى تلك الوجوه ، فلا يكون هذا اجماع تعبدى اما الوجوه المزبورة فهى ايضا ليست بتامة فلا تدل على بطلان الايقاعات الفضولية اما بطلان طلاق المكره كبطلان بيعه فانما هو فى حد ذاته مع قطع النظر عن لحوق الاجازة ، ويدل على عدم تحقق الاجماع المزبور انه ذهب غير واحد من الاصحاب الى صحة عتق الراهن العبد المرهون متوقعا للفك او الاجازة ، و ذهب بعضهم الى صحة عتق المرتهن عن الراهن مع اجازته ذلك واما الروايات الواردة فى المنع عن نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج، فالمراد منها هو ان الانسان ليس له ان يطلق زوجة غيره مستقلا و بغير اذنه و اجازته وهذا لاينافى نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج مع الاجازة من الزوج بحيث يستند الطلاق اليه لا الى مجرى الصيغة ، ومن هنا ظهر الجواب عن الاستدلال ببطلان العتاق الفضولى بالروايات المانعة عن العتق الصادر من غير المالك ويضاف الى ذلك ان امثال هذه الروايات واردة فى البيع ايضا كقوله عليه السلام « لا بيع الا فى ملك » فلو التزمنا بظاهرها فلابد من الالتزام ببطلان البيع الفضولى ايضا .

و اما دعوى ان التعليق فى الايقاعات امر مستحيل دعوى جزافية ضرورة أن المعانى الايقاعات كالمعانى العقدية فى قبولها للتعليق و على الجملة انه لادليل على بطلان الايقاعات الفضولية واذا قلنا بكون الوصية من الايقاعات كانت الوصية بما زاد على الثلث من الايقاعات الفضولية ولا اشكال فى صحتها مع اجازة الورثة و على

الجملة فلا نعقل وجها صحيحا لدعوى الاجماع التعبدى على بطلان الايقاعات الفضولية مطلقا او فى الجملة ·

الامر الثانى : انه هل يخرج العقد من عنوان الفضولى بمجرد رضاء المالك باطنا من دون امارة عليه ام لا ؟

ذهب المصنف الى الاول وحكم بعدم توقفه على الاجازة اللاحقة سواء علم العاقد بالرضاء الباطنى حين العقد ام لم يعلم به حين ذلك وسواء انكشف له بعد العقد بأن المالك كان راضيا بالعقد حين وقوعه ام لم ينكشف له ذلك اصلا ·

واستدل على رايه هذا بوجوه :

الاول : ان هذه المعاملة مشمولة لآيتى وجوب الوفاء بالعقد والتجارة عن تراض ، ولكن لا دلالة فى الايتين على ذلك اما آية وجوب الوفاء بالعقد ، فلان مفادها هو ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقد نفسه ، ومن الظاهر أن مجرد اقتران العقد برضاء المالك لايخرج العقد الصادر من الاجنبى عن الفضولية ولا يجعله عقدا للمالك ، بل العقد انما يصير عقدا للمالك ، ويستند اليه اما بمباشرة نفسه أو بنيابة الغير عنه بالاذن ، أو بالاجازة اللاحقة - كما فى الفضولى - وشئ من ذلك لم يتحقق فى المقام ، واذن فلا يكون العقد الصادر من الفضولى مع اقترانه برضاء المالك عقدا للمالك ، ومن هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بآية التجارة عن تراض ، اذ لاتتحقق التجارة عن تراض بمجرد الرضاء الباطنى بالبيع الواقع على ماله فضولا ولا يقال للمالك انه اتجر بماله ·

وقد ظهر لك مما بيناه ، انه لايمكن الاستدلال على ذلك بقوله

تعالى ﴿احل الله البيع﴾ فان مفاده احل الله بيوعكم وعليه فالممضى انما هو البيع المنسوب الى المالك لامطلق البيع وان لم ينسب اليه

الوجه الثانى : ما دل على حرمة مال امرء مسلم الا بطيبة نفسه ، ومن الواضح ان المالك فى الصورة المفروضة راض بالتصرف فى ماله ، فيكون خارجا عن الفضولية والا لم يجز التصرف فيه .

وفيه : ان المراد من حلية البيع ان كانت هى الحلية التكليفية كحرمة الاكل والشرب ، فالروايات المزبورة خارجة عن محل الكلام لان البحث ، انما هو فى نفوذ البيع الفضولى مع الرضاء الباطنى من المالك ، وان كان المراد هو الاعم من الحلية الوضعية والتكليفية فهو وان كان لاباس به ، ولكن لا دلالة فيها على ان المعتبر فى حلية المال انما هو خصوص رضاء المالك وطيب نفسه بل الظاهر منها هو ان الرضاء معتبر فى حلية المال ، وهذا لاينافى اعتبار شئ آخر فيها كاظهار الرضاء بمبرز خارجى من الاذن ، او الاجازة والسر فى ذلك هو ان امثال هذه الجمل والمركبات كقوله عليه السلام﴿لاصلاة الا بطهور﴾ او ﴿بفاتحة الكتاب﴾ و ﴿ لاعمل الا بنية﴾ لاتدل على الحصر ، وأن الصلاة مثلا لا تتحقق الا بالطهور او بفاتحة الكتاب وان العمل لايتحقق الا بنية ، فانه لايستفاد منها الا اعتبار كون الفعل مقرونا بالنيّه او الطهور أو بفاتحة الكتاب لان الفعل لايوجد الا بالامور المذكورة ، وكذلك الامر فيما نحن فيه بل المستفاد منها انّما هو اعتبار المستثنى فى المستثنى منه سواء اعتبر فيه شئ آخر ام لا .

الوجه الثالث : ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد

وسكوته اقرار منه بذلك فان الظاهر من هذه الطائفة(١) هو كفاية الرضاء الباطنى فى خروج العقد عن الفضولية ٠

و يرد عليه اولا : ان سكوت السيد عن نكاح عبده مع اطلاعه عليه كاشف عرفى عن الرضاء بالعقد ، و مورد بحثنا ما اذا لم يكن هنا كاشف عرفى عن ذلك ٠

و ثانياً : أن مجرّد رضاء المولى باطناً بنكاح عبده يكفى فى صحته ، لما سيأتى من التفضيل بين كون الاجازه لتحقيق استناد العقد الى من يملك التصرف ليكون العقد عقدا له ، و بين

١ـ عن معاوية ابن وهب قال : جاء رجل الى ابى عبدالله عليه السلام فقال انى كنت مملوكا لقوم و انى تزوجت امرأة حرة بغير اذن مولاى ثم اعتقونى بعد ذلك فاجدد نكاح اياها حين اعتقت فقال له اكانوا علموا انك تزوجت امرأة و انت مملوك لهم فقال : نعم و سكتوا عنى و لم يغيروا علىّ فقال سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول. و نحوه خبره الآخر عنه عليه السلام فى حديث المكاتب و كذا خبر الحسن بن زياد الطائى الوافى ج ١٢ ص ٨٨ و عن عروة بن أبى الجعد البارقى قال عرض للنبى(ص) جلب فاعطانى دينارا و قال اى عروة انت الجلب فاشتر لنا شاة قال فاتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت منه شاتين بدينار فجئت اسوقهما او قال اقودهما ، فلقينى رجل فساومنى ، فابيعه شاة بدينار فجئت بالدينار فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال كيف صنعت قال فحدثته الحديث فقال اللهم بارك له فى صفقة يمينه فلقد رأيتنى اقف بكناسة الكوفة فاربح اربعين الفا قبل اصل الى اهلى و كان يشترى الجوارى و يبيع مسند احمد ج ٤ ص ٣٧٦ ـ المطبوع بمصر و بهامشه منتخب كنزل العمال و هناك خبران اخران سياتى انشاء الله ٠

كونها بمجرد تعلق حق الغير ، حيث نلتزم بكفاية الرضاء الباطنى فى الثانى دون الاول ، ومن الظاهر ان نكاح العبد من قبيل الثانى ، حيث ان عقد النكاح مستند الى العبد جزما وانما الاحتياج الى اجازة المولى من جهة ان فعل العبد متعلق حقه فقط .

الوجه الرابع : رواية عروة ، فانها ظاهرة فى جواز الاكتفاء فى صحة العقد بالرضاء الباطنى وان لم يقترن بالكاشف .

ويتوجه عليه اولا : ان الرواية غير مذكور فى اصول الشيعة مسندا وانما هى مذكورة فى كتب العامة بسند ضعيف فلا يمكن الاستناد اليها فى شئ فى الاحكام الشرعية .

وثانيا : انه يمكن ان البارقى كان وكيلا مفوضا عن النبى (ص) فى امر شراء الشاة وبيعها واذن فتكون الرواية بعيدة عن محل بحثنا .

وثالثا : أن اقباض عروة المبيع ، وقبضه للثمن مع تقرير النبى (ص) ذلك لايدل الا على رضاه (ص) بهما فقط لا على رضاه (ص) باصل البيع ايضا ضرورة انّه لا ملازمة بين جواز القبض و الاقباض وبين صحة البيع اذ قد يكون البيع صحيحا ولا يجوز القبض والاقباض كبيع الوكيل الذى هو وكيل فى اصل المعاملة فقط ، وقد يجوز القبض والاقباض مع فساد المعاملة كما اذا كان احد مأذونا فيهما من قبل المالك لا فى اصل المعاملة واذن فرضاء النبى (ص) بالقبض والاقباض لايدل على صحة ما انشأه عروة من البيع .

ثم ان المصنف قد استظهر خروج الفرض المتقدم عن الفضولية وعد توقفه على الاجازة اللاحقة من كلمات الفقهاء رضوان اللّه عليهم

كقولهم فى مقام الاستدلال على الصحة ان الشرائط كلها حاصلة الا رضاء المالك وقولهم ان الاجازة لايكفى فيها السكوت لانه اعم من الرضاء والى غير ذلك من كلماتهم ٠

ويتوجه عليه اولا : انه لاحجية فى كلماتهم فان راى فقيه لايكون حجة على فقيه اخر ٠

وثانيا : انه لاظهور فى كلماتهم فيما يرومه المستدل لان المراد من الرضاء المذكور فى كلماتهم هو الاختيار الذى هو فى مقابلة الكراهة والاضطرار حيث انهم ذكروها فى بيع المكره وقالوا ان من شرائط المتعاقدين الاختيار وليس المراد منه طيب النفس وعليه فلا ربط لها بما نحن فيه ولااقل من الاحتمال ، فتكون كلماتهم مجملة ٠

ثم قال لو سلم كونه فضوليا لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الاجازة لانه لادليل على توقفه مطلقا على الاجازة اللاحقة ٠

ويتوجه عليه ان هذا الكلام يعد من الغرائب لانا اذا قلنا باحتياج المعاملات الفضولية الى الاجازة اللاحقة كان ما نحن فيه من صغرياتها ، فتحتاج صحته الى الاجازة اللاحقة ولا يكفى فيها مجرد وجود الرضاء الباطنى ، وان قلنا بعدم احتياجها الى الاجازة اللاحقة ، لكونها مشمولة للعمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود ولزومها فليكن المقام كذلك واذن فلا وجه لجعله من المعاملات الفضولية ثم الحكم بعدم احتياجه الى الاجازة اللاحقة ٠

ثم قال : مع انه يمكن الاكتفاء فى الاجازة بالرضاء الحاصل بعد البيع المذكور آنا ما اذ وقوعه برضاه لاينفك عن ذلك مع الالتفات

ويرد عليه انه اذا قلنا بكفاية الرضاء الباطنى المتاخر ولو آناما

فى صحة البيع و اخراجه عن الفضولية قلنا بذلك فى الرضاء المقارن ايضا بالاولوية ، فلا وجه لتخصيص الحكم المزبور بالرضاء المتأخر .

ثم انا لو اكتفينا فى خروج العقد عن الفضولية بالرضاء الباطنى للزم القول بكون الكراهة الباطنية موجبة لفساد البيع مع انها لا توجب بطلانه و من هنا لو باع الغاصب العين المغصوبة مع كراهة المغصوب منه ذلك ، ثم رضى به لحكم بصحته فيعلم من ذلك ان الكراهة الباطنية لاتوءثر فى فساد المعاملة وكذلك الرضاء الباطنى لا يكفى فى صحتهما لان سبيلهما واحد .

ثم قال : انه لو اشكل فى عقود غير المالك فلاينبغى الاشكال فى عقد العبد نكاحا او بيعا مع العلم برضاء السيد له لعدم تحقق المعصية التى هى مناط المنع فى الاخبار و عدم منافاته لعدم استقلاله فى التصرف .

و يرد عليه : انه لاوجه لتخصيص الحكم بالعبد بل يجرى ذلك فى كل عقد كان فضولية من ناحية كونه متعلقا لحق الغير كبيع الراهن العين المرهونة مع رضاء المرتهن بذلك باطنا و نكاح الباكرة بدون اذن الولى و النكاح على بنت الاخ او الاخت بدون اذن العمة و الخالة فان الرضاء الباطنى يكفى صحة العقد فيها و فى امثالها و سياتى ذلك تفصيلا .

ثم انه ذهب شيخنا الاستاذ الى عدم خروج العقد بالرضاء الباطنى عن الفضولية مطلقا سواء كانت فضوليته لتعلق حق الغير بذلك ام كانت فضوليته من ناحية صدوره من غير المالك واليك لفظ مقرّر بحثه .

«والحق عدم صحة العقد الصادر من غير من بيده زمام امر المعقود عليه بمجرد الرضاء الباطنى من المالك و من له الحق مرتهنا كان اومولى و ذلك لانه لوكان امر العقد موقوفا و غير ماض اما لعدم كون العاقد مالكا او لعدم كونه مستقلاً فلايخرج عن التوقيف الا باستناده الى المالك او ذى الحق والاستناد و التنفيذ من الامور الانشائية و يكونان كسائر الايقاعات لابد من ايجادهما اما باللفظ او بالفعل فلا الكراهة الباطنية رد و لا الرضاء الباطنى اجازة بل كل منهما يحتاج الى كاشف» .

والتحقيق هو التفصيل فى المقام بين ما كانت الاجازة لتحقيق استناد العقد الى المالك بحيث يكون العقد الصادر من الفضولى عقدا له بالحمل الشايع و بينما كانت الاجازة لاجل كون المبيع متعلقا لحق الغير ، فكل مورد تعتبر الاجازة فى العقد لاجل استناده الى من له العقد فان الرضاء الباطنى الساذج لايصح ذلك و فى كل مورد اعتبرت الاجازة ، لالتلك الجهة بل لجهة اخرى لاشبهة فى كفاية الرضاء الباطنى فى ذلك ، وعلى الاول ، فلا يكفى فى استناد العقد الى المالك مجرد الرضاء الباطنى وان الاقتران برضاء المالك لايخرج العقد عن الفضولية ما لم يكن اذن و توكيل من المالك و الوجه فى ذلك ان العقد الصادر من الفضولى لايكون مشمولا لقوله تعالى : اوفوا بالعقود ، بديهة ان العقد لايكون مشمولا لتلك الآية الا باستناده الى المالك لان مقارنة الجمع بالجمع فى الاية الكريمة يقتضى ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده اى اوفوا بعقودكم لا ما عقدتهم و من الواضح ان العقد لايكون عقدا للمالك الا بالاستناد اليه اما بالمباشرة كما اذا

اوجده بنفسه او بالتسبيب كما اذا اوجده وكيله او بالاضافة اليه كما اذا رضى بالعقد الفضولى مع اظهاره ذلك بمظهر خارجى ومن الظاهر ان مجرد الرضاء الباطنى بالعقد الصادر من الفضولى اجنبى عن ذلك كله وعلى الثانى فيكفى فى صحة العقد مطلق الرضاء وانكان باطنيا وغير منكشف بكاشف و ذلك كالامثلة التالية ٠

۱ـ انه اذا باع الراهن العين المرهونة فان اعتبار اجازة ـ المرتهن فى البيع المزبور ليس من ناحية لزوم استناد العقد اليه بل من ناحية أن العين وثيقة عنده ، فلايجوز للراهن ان يتصرف فيها بدون اذن المرتهن ، فاذا رضى به المرتهن ولو باطنا صح البيع ، و بعبارة اخرى : ان المناط فى صحة العقد هوكونه مشمولا للا ـ طلاقات و العمومات الدالة على صحة العقود و لزومها و من الظاهر ان المناط المزبور موجود فى بيع الراهن غاية الامر ان التصرف فى العين المرهونة موقوف برضاء المرتهن فاذا رضى بذلك لم يكن هناك مانع عن التصرف ايضا ٠

۲ـ بيع المفلس فانه مستند اليه و مشمول للعمومات الا ان المبيع متعلق لحق الغرماء فتعتبر اذنهم فى ذلك من هذه الناحية

۳ـ العقد على بنت الاخ و بنت الاخت فان صحة ذلك موقوفة على اجازة العمة و الخالة لا من جهة عدم استناد العقد الى الزوجين الا باذنهما بل من جهة اخرى ٠

۴ـ عقد العبد لغير سيده و بدون اذنه نكاحا كان او غير نكاح فان احتياجه الى اجازة السيد ليس من ناحية كون العقد عقداً للسيد و هو لا يتحقق الا باجازته بل من جهة انه ليس للعبد الاستقلال

فى التصرف فى قبال سيده ٠

٥- الوصية بما زاد على الثلث فانها تحتاج الى اجازة الورثة لكن لامن جهة عدم استنادها الى الموصى بل لاجل نفوذ الوصية

٦- عقد الباكرة بدون اذن وليها بناء على اعتبار اذنه فى ذلك فان اعتباره فيه من جهة النفوذ لامن جهة الاستناد ٠

وعلى الجملة ان فى كل مورد كانت الاجازة لاجل استناد العقد الى من له العقد بحيث يكون العقد عقدا وتشمله العمومات لايكفى فيها الرضاء الباطنى ، وفى كل مورد كانت الاجازه لاجل نفوذ العقد لا للجهة المزبورة يكفى فيها الرضاء الباطنى لانه يكفى فى النفوذ ولا دليل على اظهاره بمظهر خارجى ، وهذا بخلاف الاستناد الى المالك فانه ما لم يظهر فى الخارج لايصدق على ما اوجده الفضولى انه عقد للمالك ، ولا انه بيعه ولا انه تجارته ويتضح ذلك وضوحا بمراجعة العرف واللغة ، واذن فلا يتم ما ذكره المصنف على وجه الاطلاق ولا ما ذكره شيخنا الاستاذ (واظن ان كلام المصنف لاينا فى التفصيل المذكور لانه ذكر فى آخر كلامه (ثمّ انه لو اشكل فى عقود غير المالك فلا ينبغى الاشكال فى عقد العبد الخ) خصوصا اذا حمل ما ذكره على المثال وان كان الحمل عليه بعيدا من ناحية التعليل فى كلامه بقوله لعدم تحقق المعصية ٠

فما ذكره شيخنا الاستاذ من : (ان الاستناد و التنفيذ من الامور الانشائية ويكونان كسائر الايقاعات لابد من ايجادهما اما باللفظ او بالفعل) ، انما يتم فى الاستناد فقط لا فى التنفيذ كما عرفته قريبا وقد ظهر لك مما ذكرناه فساد ما افاد شيخنا الاستاذ فى

اخركلامه من انه ثبت من الادلة الخارجية عدم استقلال العبد و الراهن و الباكرة وكل من كان من قبيل هذه الطوائف الثلاث فى عقودهم ولايخرجون عن الاستقلال بمجرد رضاء ذى الحق فان به لايسند العقد اليه .

ثم انه ربما يستدل على كفاية الاقتران بالرضاء الباطنى فى خروج العقد عن الفضولية بصحيحة محمد بن مسلم (۱) و رواية الحميرى (۲) فانهما تدلان على حصر الشراء الصحيح برضاء المالك فيستفاد منهما

۱ـ عن ابى جعفرعليه السلام قال : سألته عن شراء اهل الذمة فقال لاباس بها فتكون اذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدى عنها كما يودون قال : وسالته عن رجل من اهل النيل عن ارض ـ اشتراها بفم النيل واهل الارض يقولون هى ارضهم واهل الاستان يقولون هى من ارضنا قال لاتشترها الا برضا اهلها صحيحة الوافى ج ۱۰ ص ۱۳۳ قال فى الوافى «الاستان بالضم اربع كور ببغداد» و فى اقرب الموارد : الكورة بالضم المدينة والصقع وفى المفردات : و قيل لكل مصر كورة وهى البقعة التى يجتمع فيها قرى و محال ج كور وقد ذكرنا سابقا ما هو المراد من النيل فى ـ ج ۳ ص ۱۸۰

۲ـ انه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض اصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان فيها حصة واكرته ربما زرعوا و تنازعوا فى حدودها و تؤذنهم عمال السلطان و تتعرض فى الكل من غلات ضيعته وليس لها قيمة لخرابها وانما هى بائرة منذ عشرين سنة وهو يتحرج من شرائها لانه يقال ان هذه الحصة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان فان جاز شرائها من السلطان كان ذلك صونا وصلاحا له و عمارة لضيعته وانه يزع هذه من القرية البائرة يفضل ما ضيعته العامرة و ينحسم عن طمع اولياء السلطان وان لم يجز ذلك عمل بما تامره انشاء الله فاجابه الضيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالكها أو بامره او رضاء منه .

ان المناط فى صحة البيع انما هومجرد الرضاء و ان لم يبرز فى الخارج ولكن يتوجه عليه انه لايستفاد من امثال هذه التراكيب الا كون المستثنى شرطا فيما يقع بعد كلمة (لا) كقوله عليه السلام لاصلاة الا بطهور لا ان حقيقة مدخول كلمة (لا) منحصرة بالمستثنى و عليه فيدل الخبران على اعتبار الرضاء لا على كفايته على وجه الاطلاق ، فيكون شأنهما شأن بقية الادلة الدالة على اعتبار الرضاء فى العقود و الايقاعات على انه يمكن ان تحمل الروايتان على الرضاء بمعنى الاختيار الذى يقابل الكراهة و قد تقدم اعتباره فى العقود و الايقاعات قوله (ثم اعلم ان الفضولى قد يبيع للمالك) ٠

اقول يقع البحث هنا فى مسائل ثلاث :

الاولى : ان يبيع الفضولى للمالك ٠

الثانية : ان يبيع له مع سبق المنع عنه ٠

الثالثة : ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب ٠

اما المسألة الاولى فيقع البحث فيها من جهة انه هل يعتبر فى صحة العقود صدور انشائها من المالك بالمباشرة او ممن يقوم مقامه كالوكيل و الماذون ام لايعتبر فى صحتها ذلك ؟ بل المناط فى صحة العقود هو استنادها الى من له العقد ، و من الظاهر ان هذا المعنى كما يتحقق بالمباشرة و التسبيب كذلك يتحقق بالاجازة اللاحقة ايضا ٠

ولايخفى عليك انا اذا قلنا بصحة العقد الفضولى فى هذه المسألة ، فيقع الكلام فى صحته و فساده فى المسألتين الاتيتين و اذا قلنا بفساده هنا فلا شبهة بفساده فى المسألتين الاتيتين لان

ما يبحث عنه فى المسألة الاولى هو المتيقن من العقد الفضولى فاذا حكم بفساده حكم بفساد ما يبحث عنه فى المسألتين الاتيتين بالاولوية القطعية ٠

ثم انه وقع الكلام فى صحته وفساده فالمحكى عن الاكثر هو صحته - كالمقنعة والنهاية والوسيلة و الشرايع والنافع وكشف الرموز والعلامة فى جملة من كتبه وحواشى الشهيد ومسائله والدروس و اللعمة وجامع المقاصد والتنقيح وتعليق الارشاد وايضاح النافع و الميسية والروضة والمسالك وغيرها - وحكى المصنف عن غاية المراد حكاية القول بالصحة عن جمع من المذكورين وغيرهم ثم قال : و استقرعليه رأى من تاخرعدا فخر الدين و بعض متاخرى المتاخرين - كالاردبيلى والسيد الداماد و بعض متاخر المحدثين - وقال فى التذكرة : « مسألة يشترط ان يكون البائع مالكا او من له ولاية كالاب والجد له والحاكم وامينه والوكيل فلو باع الفضولى صح و وقف على اجازة المالك وبه قال مالك واسحاق وابوحنيفة والشافعى فى القديم واحمد فى احدى الروايتين وقال ابوثور و ابن المنذر و الشافعى فى الجديد واحمد فى الرواية الاخرى يبطل البيع وهو قول لنا » وقال - بعد اسطر - : لو اشترى فضوليا فان كان بعين مال الغير فالخلاف فى البطلان والوقف على الاجازة الا ان ابا حنيفه، قال : يقع للمشترى بكل حال وان كان فى الذمة لغيره واطلق اللفظ قال : علماؤنا يقف على الاجازة الخ » و عن الحدائق : ان القول بالصحة كاد يكون اجماعا وذهب جمع اخر الى فساده فعن

المبسوط من باع مالا یملك کان البیع باطلا و فی الخلاف ج ۱ ص ۲۲۲ : «اذا باع انسان ملك غیره بغیر اذنه کان البیع باطلاوبه قال الشافعی و قال ابوحنیفة ینعقد البیع و یقف علی اجازة صاحبه و به قال قوم من اصحابنا دلیلنا اجماع الفرقة و من خالف منهم لا یعتد بقوله و لانه ممنوع من التصرف فی ملك غیره والبیع » و عن الغنیة نحوه من الصراحة وحکی القول بالبطلان ایضا عن الایضاح و اختاره فی الحدائق واطنب فیه الکلام ولکنه لم یأت بشئ ترکن الیه النفس و یطمئن به القلب و ذکر جملة من النصوص محتجاً بالعثور علیها و الاهتداء الی الاستدلال بها و ستأتی الاشارة الیها و الی عدم دلالتها علی ما یرومه بل دلالة بعضها علی خلاف مقصوده وفی شرح فتح القدیر ج ۵ ص ۳۰۹ : «ومن باع ملك غیره بغیر اذنه فالمالك بالخیاران شاء اجاز البیع و ان شاء فسخ و هو قول مالك و احمد وقال الشافعی : لاینعقد لانه لم یصدر عن ولایة شرعیة لانها بالمالك او باذن المالك وقدفقدا و لاانعقاد الا بالقدرة الشرعیة وصارکبیع الابق والطیر فی الهواء فی عدم القدرة علی التسلیم» و فی الفقه علی المذاهب الاربع ج ۲ ص ۱۶۶ - عن الشافعیة -: «و من شرائط المعقود علیه ان یکون للعاقد علیه ولایة فلا یصح بیع الفضولی » وفی ص ۲۴۰ - عن الحنیفة - : «امّا بیع ملك الغیر بوکالة منه فانه صحیح نافذ و ببیعه بدون وکالة فهو صحیح موقوف علی اجازة المالك و هذا هو بیع الفضولی » وفی ص ۲۲۴ : « واما الموقوف و هو بیع ما یتعلق به حق للغیر فانه من اقسام الصحیح و انه ینعقد بدون ان یتوقف علی القبض » وفی ص ۱۶۸ : « و من

شروط العاقد، ان يكون مالكا او وكيلا عن مالك فلا يلزم بيع الفضولى ا وفى شرح العناية بها مش شرح فتح القدير ج ۵ ص ۳۱۹ : ا و من باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع و ان شاء فسخ و هو مذهب مالك و احمد فى رواية وقال الشافعى فى الجديد و هو رواية عن احمد لم ينعقد ا ٠

و هنا قول ثالث و هو صحة البيع و بطلان الشراء و هو القول الاخر للشيخ فى الخلاف قال فى كتاب النكاح : ا لو اشترى لغيره بغير اذنه لم يقف على اجازته وكان باطلا ا ثم قال : وعندنا ان البيع يقف على اجازة مالكه ٠

و فى المسألة وجهان اخران : احدهما انه ان وثق برضاء المالك فاجاز صح و الا فلا ٠ ثانيهما : انه ان لم يسبق منه منع ولم يظهر كراهة صح و الا بطل ٠

و قد استدل على القول بصحة البيع الفضولى مع توقفه على الاجازة بوجوه : الاول العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و لزومها و بيان ذلك انه لاشبهة فى ان صدق عنوان العقد او التجارة عن تراض او البيع اوصدق اى اسم من اسما أيّة معاملة كانت لايتوقف على مباشرة المالك بنفسه للعقد، بل يكفى فى ذلك النيابة بان يكون االمباشر لذلك غير المالك غاية الامر لا بد وان تكون هذه المباشرة باذن المالك لكن يكون ذلك سببا لانتساب العقد الصادر من المباشر الى المالك، و من المعلوم أن انتساب العقد الى المالك كما يتحقق بمباشرة نفس المالك او بمباشرة غيره مع الاذن منه كذلك يتحقق بالاجازة اللاحقة من المالك وحينئذ فيصدق

على العقد الصادر من الفضولى انه عقد للمالك او تجارته او بيعه و اذن فيكون ذلك مشمولا للعمومات و المطلقات المزبورة و بتعبير آخر انا ذكرنا فيما سبق ان المراد من اوفوا بالعقود هو اوفوا بعقودكم لا ما عقدتم و المراد من احل الله البيع هو حلية بيوعكم و المراد من التجارة عن تراض ما يصدق عليه هذا العنوان و جميع هذه العناوين لايتحقق فى الخارج الا بالاستناد الى المالك ، و من الظاهر انها تستند اليه بالاجازة كاستنادها اليه بالمباشرة او بالاذن فتشملها العمومات غاية الامر انا نشك فى اعتبار مباشرة المالك شرعا او اقتران رضاوءه بالعقد او وجود الاذن السابق على العقد فحيث ان كل ذلك تقييد للمطلقات او تخصيص للعمومات بغير مخصص ومقيد فندفعه باصالة الاطلاق او العموم و هذا هو مراد المصنف (ره) من الاصل فى المقام لا اصالة البراءة و ان احتمله ـ بعيدا ـ المحقق الايروانى بناءً على جريان البراءة فى الاسباب و الاوضاع .

وقد يتوهم ان التمسك بالعمومات هنا يتوقف على حصول اضافة عقد الفضولى الى المالك بالاجازة اللاحقة لكن الاضافة لا تحصل بذلك بعد وضوح ان المراد من عقودكم العقود الصادرة منكم ، ولو بالتسبيب لا العقود المنتسبة اليكم باية نسبة كانت ولو نسبة كونها مجازة لكم و من المعلوم ان عقد الغير لا يصير عقدا صادرا من شخص باجازته له .

ولكن هذا التوهم فاسد اذ لافارق فى انتساب العقد من الاجنبى الى المالك بين الاذن السابق و الاجازة اللاحقة فكما ان الاذن السابق كاف فى صحة العقد واستناده اليه كذلك الاجازة

اللاحقة لانهما متساويان فى حصول الرضاء الذى هو الاصل فى ذلك وقد اتضح لك مما بيناه فساد ما نوقش به فى التمسك بالعمومات على صحة العقد الفضولى من ان المخاطب بتلك العمومات اما العاقد الفضولى او الملك او غيرهما ولاسبيل الى كل منهما اما العاقد الفضول فلعدم وجوب الوفاء عليه بعقده قطعا وهذا واضح ، واما المالك فقبل اجازته كذلك والا لوجبت عليه الاجازة وأما بعدها فهو مجيز لا عاقد ،و وجه الوضوح هو ما ذكرنا قريبا من ان معنى اوفوا بالعقود هو اوفوا بعقودكم لا ما عقدتم وقد عرفت ان العقد الصادر من الفضولى يكون عقدا للمالك بالاجازة اللاحقة ويستند اليه استنادا تاما ، فيكون مشمولا للعمومات من حين الاجازة لا من حين العقد فزمان الاجازة هو زمان شمول العمومات للعقد الفضولى .

ومن هنا ظهر لك ما فى كلام المحقق الايروانى من الغرابة حيث قال : (ان التمسك بالعموم بعد الاجازة مبنى على ثبوت عموم ازمانى فى العمومات وليس له وجود وقد اعترف به المصنف ره فى خيار الغبن) ، ووجه الظهور هو ان المصنف لم يدع شمول - العمومات للعقد الفضولى من حين العقد ثم خروجه عنها الى زمان الاجازة بالمخصص لكى يكون التمسك بها بعد الاجازة محتاجا الى ثبوت العموم الازمانى للعمومات ، بل غرضه هو ما ذكرناه من أن زمان الاجازة انما هو اول زمان صار العقد الفضولى مصداقاً للعمومات الدالة على صحة العقود .

ثم انه يمكن أن يرجع الى ما ذكرناه استدلال جمع من الفقهاء -كما عن المختلف وغيره - على صحة البيع الفضولى بانه عقل صدر

من اهله فى محله ، بداهة ان كون العاقد اهلا للعقد من حيث كونه بالغا عاقلا مع كون المبيع قابلا للبيع لا يثبتان الصحة الا بضميمة مقدمة اخرى ثابتة بالعمومات بان يقال ان العقد الفضولى عقد صدر من اهله فى محله وكل ما صدر من اهله فى محله صحيح شرعا للعمومات والمطلقات .

وان ابيت عن كون مرادهم ذلك لتوجه عليهم مما عن الشهيد فى غاية المراد : من كونه مصادرة ضرورة ان تحقق الاهلية التامة عين الدعوى وجعلها دليلا على المدعى صرف مصادرة و لا يمكن دفعها الا بما ذكرناه واذن فلا وجه لما ذكره شيخنا المحقق من ان «اشتراط تاثير العقد بالرضاء لا ربط له باهلية العاقد ولا بكون المبيع قابلا لوقوع العقد عليه بل اهلية العاقد بما هو عاقد منوطة بكونه عاقلا عقلا ، وبكونه بالغا شرعا ، وقبول المحل منوط بكونه مما يتمول ومما يملك ، فلا قصور فى العاقد ، ولا فيما وقع عليه العقد ، والمفروض حصول الاجازة الكاشفة عن الرضاء والمحققه للانتساب ، فلا مصادرة وكون المبيع للغير لا يسقط العاقد بما هو عاقد عن اهلية العاقدية و لا المحل عن قبول وقوع العقد عليه ، فما افاده المصنف فى توجيه المصادرة واجاب عنها باثباتها بالعموم خال عن الوجه» ، والوجه فى ذلك هو ان مجرد كون العاقد عاقلا بالغا ، و كون المحل مما يتمول ، وحصول الرضاء بالاجازة اللاحقة الكاشفة ، لا يثبت صحة العقد لاحتمال اشتراط العقد بمقارنة الرضاء او سبق الاذن فانه مع هذا الاحتمال لا تتم الاهلية التامة للعاقد ، فلا يمكن نفيه الا باصالة العموم او الاطلاق وبذلك تثبت الاهلية التامة للعاقد .

وقد تحصل مما قدمناه ان عقد الفضولى صحيح على القاعدة بمقتضى العمومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود و لزومها و عليه ، فلا نحتاج الى الاستدلال على صحته ونفوذه بالادلة الخاصة الالمزيد الوضوح ومن جهة التأييد وعليه فلو ناقشنا فى الادلة الخاصة اما من حيث السند او من حيث الدلالة فلا يضر هذه المناقشة بصحة عقد الفضولى ونفوذه بوجه .

الوجه الثانى رواية عروة (۱) ووجه الاستدلال هو ان عروة قد باع احدى الشاتين بدينار من غير اذن النبى (ص) واقره (ص) واظهر رضائه بذلك ودعا له فلو كان البيع الفضولى باطلا لم يقرره النبى (ص) بل كان عليه (ص) زجر عروة والامر برد الدينار واخذه الشاة او تجديد المعاملة بعد تحصيل الاذن من النبى (ص) مع انه ص لم يفعل شيئا من ذلك ، هذا ما يرجع الى الاستدلال بالرواية من ناحية بيع عروة احدى الشائين بدينار واما شراؤه الشاتين بدينار مع انه كان مأذونا فى شراء شاة بدينار الظاهرة فى الشاة لواحدة فذكر المصنف

۱ـ (فله روايتان قد تقدمت احداهما واما الاخرى فهى انه ان رسول الله ص بعث معه بدينار يشترى له اضحية وقال مرة او شاة فاشترى له اثنتين فباع واحدة بدينار واتاه بالاخرى فدعا له بالبركه فى بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه مسند احمد ج ۴ المطبوع بمصر وبها مشه منتخب كنزل العمال فى سنن الاقوال والافعال ص ۳۷۵ وعن حكيم بن حزام ان النبى ص بعث معه بدينار يشترى له اضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع فاشترى اضحية بدينار وجاء بدينار الى النبى ص فتصدق به النبى ص و دعا ان يبارك له فى تجارته البحار ج ۲۳ ص ۳۴ .

(ره) انه يمكن توجيه شرائه على وجه يخرج عن الفضولية ، ولكن لم يبين الوجه فى ذلك ولعل نظره فى ذلك الى ان قول النبى(ص) لعروة اشتر به شاة يمكن ان يراد به كون الشراء الشاة الواحدة بدينار ، و يمكن ان يراد به كون شراء جنس الشاة بدينار وعلى الثانى فلاشبهة فى عدم كون الشراء فضوليا لأن المأذون به يشمل الواحدو الاثنين وعلى الاول فان كان الظاهر فى بادى النظر هو كون الشراء فضوليا ايضا ولكنه خارج عن ذلك جزما لان الشخص اذا كان مأذونا فى شراء شاة واحدة بدينار فيكون مأذونا فى شراء شاتين بدينار بالاولوية القطعية ، وعليه فاذن النبى(ص) لعروة فى شراء الشاة الواحدة بدينار اذن له فى شراء شاتين ايضا بدينار ، فيكون الشراء خارجاً عن الفضولية على كل حال .

وقد ناقش المصنف فى الاستدلال بالرواية المزبورة على صحة البيع الفضولى : بان ذلك متوقف على دخول المعاملة المقرونة برضاء المالك فى بيع الفضولى ، وقد عرفت انها خارجة عنه ، وبيان ذلك أن عروة كان عالما ظاهرا برضاء النبى (ص) بما فعله من البيع والا لما اقبض المبيع ولم يقبض الثمن لان ذلك تصرف فى مال غيره بدون رضاه وهو حرام عقلا ونقلا ، وعليه فلابد اما من الالتزام بان عروة فعل الحرام بقبضه الثمن واقباضه المثمن ، وهو مناف لتقرير النبى (ص) وتبريكه (ص) ، واما من القول بجواز التصرف قبل الاجازة مع العلم بتعقبه لها .

وسيأتى ضعفه واذن ، فيدور الامر بين القول بخروج المعاملة المقرونة برضاء المالك عن الفضولية ، وبين القول بعلم عروة برضاء

النبى (ص) باقباضه ماله للمشترى حتى يستاذن من النبى (ص) مع علم المشترى بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه الثمن الى البايع على وجه الامانة والا فلا يستحق الفضولى قبض المال لعدم كونه مالكا ولا وكيلا عنه ولكن الظاهر هو الوجه الاول اعنى به خروج البيع الصادر من عروة عن المعاملة الفضولية اذ من المستبعد جداً علم المشترى بكون بيع عروة فضوليا ، ويتضح ذلك بملاحظة ان الظاهر هو عدم كون المعاملة فضولية فى مورد الرواية ، بل وقعت بعنوان المعاطاة لانها وقعت بين النبى (ص) وبين مشترى الشاة ويكون عروة آلة محضا فى ايصال العوضين وقد عرفت فى مبحث البيع ـ المعاطاتى انه يكفى فى صحة المعاطاة مجرد رضا المالكين بالنقل والانتقال مع وصول العوضين الى كل من المتعاطيين ولو كان الوصول باطارة ريح او بفعل صبيى او بواسطة حيوان ومن الظاهر انه يتسامح فى المعاطاة بما لايتسامح به فى العقود اللفظية .

ويرد على ما ذكره المصنف اولا : ما ذكرناه انفامن أن اقتران العقد الصادر من الاجنبى بالرضا الباطنى من المالك لايخرجه عن الفضولية .

وثانيا : ان كون الصادر من عروة فضوليا او مندرجا تحت الكبرى المتقدمة متوقف على عدم كونه وكيلا مطلقا ومفوضا من النبى (ص) فى امر شراء الشاة او مطلقا الذى سمّى فى لغة فارس بكلمة (وكيل خرج) ومن المحتمل ان يكون هو كذلك وعليه ، فلا يمكن الاستدلال بالرواية على صحة بيع الفضولى اذ لاقرنية فى الرواية ولا من الخارج على كون البيع الصادر من عروة فضوليا .

وعلى الجملة ان ما صدر من عروة قضيت شخصية واقعة فى مورد خاص و لم يعلم جهتها فلا يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولى و ان اصّرعليه جمع من الفقهاء و لاحملها على الكبرى المتقدمة

و ثالثا : ان تحقق القبض و الاقباض بين عروة و بين المشترى لا يكون قرينة على عدم كون البيع الواقع بينهما فضولا بدعوى انه لو كان فضوليا لكان التصرف فى الثمن و المثمن بالقبض والاقباض حراما و ذلك لما ذكرناه انفا من عدم الملازمة بين كون البيع فضوليا و بين حرمة التصرف فى الثمن او المثمن ، ضرورة ان العلم بالرضا الباطنى للمالك يفيد جواز التصرف تكليفا لاجوازه وضعا ٠

و رابعا : انا لو سلمنا صحة المعاطاة الفضولية لكن لا نسلم كون فعل عروة ظاهرا فى المعاطاة لعدم القرينة على ذلك ٠

و دعوى ان القرينة على ذلك هو ان الغالب المعتاد فى امثال ذلك هو البناء على المعاطاة ، دعوى جزافية ، لانا لو سلمنا وجود الغلبة و لكنها لاتفيد الا الظن و هو لايغنى من الحق شيئا و من هنا ذكر السيد فى حاشيته بقوله : «لم افهم هذه الدعوى و لم ادر من اين هذا الظهور» ٠

و خامسا : انا ذكرنا فى الجزء الثانى ان الامثلة التى ذكروها لتحقق المعاطاة بمجرد ايصال العوضين الى كل من المالكين غير ظاهرة فى ذلك بل هى من امثلة المعاطاة المتعارفة راجع ج ٢ ص ١٦٩ ٠

و سادسا : ما ذكره المحقق الايروانى و اليك نصه «ان هنا خلط بين الرضا الكافى فى المعاطاة و الرضا الحاصل فى المقام فان

الرضا الكافى فى المعاطاة عن القصد الى انشاء البيع بايصال المبيع باى وجه اتفق و بواسطة اى حامل كان و الرضا الموجود فى المقام هو الرضا بالبيع من اى بايع تحقق بلا قصد الى ايجاد البيع فى الخارج ا ٠

و يضاف الى جميع ما ذكرناه ان الرواية ضعيفة السند وقد عرفته قريبا ٠

الوجه الثالث : صحيحة محمد بن قيس عن ابى جعفر(ع) قال قضى اميرالمؤمنين(۱) لان قوله عليه السلام فيها فى معالجة فك الولد بعد المناشدة : خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع ظاهر فى نفوذ البيع الفضولى بالاجازة اللاحقة اذ لو كانت الاجازة فاسدة وغير مؤثرة فى العبد الفضولى لما امر الامام عليه السلام بحبس الابن حتى يجيز الاب بيعه، فيعلم من ذلك ان اجازة بيع الفضولى تؤثر فى صحتها ٠

وقد نوقش فى الاستدلال بها على ذلك من وجوه شتى :

۱ـ عن ابى جعفر عليه السلام قال قض اميرالمؤمنين عليه السلم فى وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاما ثم جاء سيدها الاول فخاصم سيدها الاخر فقال وليدتى باعها ابنى بغيراذنى فقال الحكم ان يأخذ وليدته وابنها فنا شده الذى اشتراها فقال له خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينقد (فى يب ينفذ) لك البيع فلما اخذه قال له ابوه ارسل ابنى قال لا والله لا ارسل اليك ابنك حتى ترسل ابنى فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه صحيحة الكافى ج ۵ ص ۲۱۱ والتهذيب ج ۲ ص ۱۳۸ و ۲۵۰ والاستبصار ج ۳ من طبعه النجف ص ۸۵ و الفقيه ج ۳ من طبعة النجف ص ۱۴۰ ٠

المناقشة الاولى : ان القائلين بصحة عقد الفضولى قدالتزموابصحة التأهلية و بقائه على حاله موقوفا على اجازة المالك فان اجازه لزم وان فسخه انفسخ واذا انفسخ لم توثر فيه الاجازة اجماعا مع ان الصحيحة ظاهرة فى نفوذ الاجازة بعد الرد من نواحى شتى :

١ـ قوله : الحكم ان تاخذ الوليدة وابنها فان هذا الحكم لايصح الا بعد الرد ٠

٢ـ قول السائل : ثم جاء سيدها الاول فخاصم سيدها الاخر فقال : وليدتى باعها ابنى بغيراذنى ومن الظاهران المخاصمه ظاهرة فى الرد ، اذ لولاه لما وقعت المخاصمة بين السيد الاول و السيد الثانى بل كانت الوليدة وابنها للسيد الثانى من دون ان تكون هناك مخاصمة ومرافعة ٠

٣ـ مناشدة المشترى للامام عليه السلام و الحاجة اليه فى علاج فكاك ولده ، ومن الواضح انه لولم يكن البيع مردودا من قبل السيد الاول : لم يكن وجه لهذه المناشدة والحاجة اليها ٠

۴ـ قول الامام عليه السلام ـ فى مقام تعليم علاج فك الولد للمشترى ـ : (خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذلك البيع (اذ لولم يكن البيع مردودا لم يبق طريق للسيد الاول الى اخذ الوليدة وابنها فهذه القطعة من الرواية صريحة فى اخذ السيد الاول ابن الوليدة واخذ الابن ظاهرفى رد البيع من حيث ان اخذ الابن لاجل كونه نماءً للوليدة التى هى مملوكة له ٠

فتحصل ان الرواية ظاهرة فيما هو مخالف للاجماع واذن فلابد اما من طرحها وارجاع علمها الى اهلها ، واما من رفع اليد عن ـ

ظهور كون الاجازة بعد الرد او يراد من الاجازة البيع الجديد او حملها على ما ذكره المحدث الكبير العلامة المجلسى (ره) فى مرآت العقول ص ۴۰۷ ج ۳ قال : (الظاهر ان هذا من حيله التى كان يتوسل بها الى ظهور ما هو الواقع) ولا بأس بتعليم هذه الحيلة لكشف الواقع خصوصا مع علم الحاكم بالواقع و اقتضاء المصلحة لذلك مثل ان علياً عليه السلام كان عالما - فى مورد الرواية - بكون الابن وكيلا فى بيع وليدة ابيه و انكر الاب وكالة ابنه و ادعى عدم الاذن فى ذلك فاحتال على عليه السلام حيلة لكى يصل بها الحق الى صاحبه او تحمل الصحيحة على غير ذلك من المحامل ٠

وعلى الجملة ان ما هو مسلم عند القائلين بصحة العقد الفضولى و هو عدم كون الاجازة مسبوقا بالرد ، فالرواية أجنبية عنه و ما اشتملت عليه الرواية من تأثير الاجازة بعد الرد مخالف للاجماع و ان التزم السيد بظاهرها و قال : (فالانصاف ان الرواية لامانع من العمل بها و تكون دليلا على صحة الاجازة حتى بعد الرد) ، ولكن الظاهر انه لا اشعار فى الرواية بكون الاجازة بعد الرد فضلا عن الدلالة عليه اما قوله عليه السلام ا الحكم ان ياخذ وليدته و ابنها ا فلا دلالة فيه على ما يرومه الخصم ، و ذلك لان الرواية خالية عن تعرض المالك لفسخ العقد او امضائه بل غاية ما يظهر منها هو عدم رضاه باقباض ابنه و لذا استرد الوليدة و ابنها و من الظاهر انه يجوز للمالك قبل اجازة العقد الفضولى ان يتصرف فى المبيع حتى على القول بالكشف غاية الامر انه اذا اجاز العقد الفضولى انكشف بطلان تصرفه لا انه لايجوز تصرفه فى ماله تكليفا قبل الاجازة و لا شبهة فى ان تصرفه هذا

قبل الاجازة لايكشف عن رد البيع بل يمكن ان يكون ذلك من جهة تردده بين الفسخ والامضاء ولايشترط فى تاثير الاجازة وقوعها عقيب عرض البيع على المالك من دون ان يفصل بينهما : التردد بين الفسخ والامضاء او التوقف فى ذلك ، بل العبرة فى تاثير الاجازة بكونها قبل الفسخ ويدل على ما ذكرناه ما ذهب اليه الاصحاب من الحكم بصحة اجازة المكره بعد زوال اكراهه ، فيعلم من ذلك ان الكراهة الباطنية لاتوجب فسخ المعاملة فضلا عن التردد بين الفسخ والامضاء اما مناشدة المشترى للامام عليه السلام فى فكاك ولده فلا تدل ايضا على ان المالك قد رد البيع واخذ ابن الوليدة لكونه مملوكا له لان الولد لايملك على تقديرى الاجازة والفسخ لكونه حرّاً كما سياتى بل المناشدة من حيث ان المشترى طلب من الامام عليه السلام علاجا لفك الولد واجازة البيع فعلمه الامام (ع) طريقا لذلك وهو قوله (ع) « اخذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذلك البيع » .

ومن هنا اتضح لك انه لادلالة فى قول المشترى : « حتى ترسل ابنى » على تحقق الرد قبل الاجازة نعم له ظهور فى عدم الاجازة وهو اعم من الرد كما اتضح لك انه لادلالة فى قوله (ع) : « خذ ابنه الى ... اخره » على تحقق الرد قبل الاجازة بل هو طريق علّمه الامام (ع) للمشترى لكى يتشبث به فى فكاك ولده اجازة البيع واما المخاصمة ، فلا دلالة فيها ايضا على رد البيع غاية الامر انها تدل على عدم رضا المالك بالبيع وعدم اذنه فيه وهذا ظاهر .

وعلى الجملة انه لادلالة فى شئ من الوجوه المتقدمة على تحقق الرد قبل الاجازة بل هى اعم منه ومن التردد بين الاجازة

والرد او التوقف فيهما ·

المناقشة الثانية : ان الامام (ع) قد حكم للسيد الاول باخذ الوليدة وابنها مع ان الابن حر لتولده من الشبهة ، وذلك لان المشترى لم يعلم بكون الوليدة لغير البائع اذ لو كان عالما بذلك لكان الوطى حراماً وصار الولد رقاً لتولده من الزنا فيعلم من ذلك ان المشترى لم يكن عالما بالحال وان الولد انما تولد من الشبهة وقد حقق فى محله ان ولد الشبهة ملحق بابيه ، فيكون حراً ومعه كيف يجوز للسيد الاول ان ياخذه ·

وقد اجيب عن هذه المناقشة بوجهين الوجه الاول ، انه لا مانع عن كون المشترى عالما بالحال ، وعليه فيكون الولد من الزناء فيصير رقاً للسيد الاول لولا الاجازة ·

ويرد عليه انه لو كان الامر كما ذكر لما حكم الامام عليه السلام باخذ الابن لانفاذ البيع بل يجب على المشترى حد الزناء ·

الوجه الثانى : ان الولد وان كان حرا ولكن اخذه السيد الاول لاستحصال قيمة يوم الولادة لانه وان لم يكن مالكا للولد لكونه حرا ومتولدا من الشبهة ولكن له ان يطالب قيمته يوم الولادة لكونه نماءً لمملوكه وهو الوليدة وقد حمل الرواية على هذا الشيخ (ره) فى الاستبصار واليك لفظه : «فالوجه فى هذا الخبر انما ياخذ وليدته وابنها اذا لم يرد عليه قيمة الولد فاما اذا بذل قيمة الولد فلا يجوز اخذ ولد الحر» ج ۳ ص ۸۵ وتبعه المحقق التسترى فى مقابيسه وجعل هذا وجه الجمع بين الروايات حيث قال فى خلال كلامه : (وذكر فى جملة من الاخبار ان للمالك قيمة الولد وفى بعضها

انه رق والجمع بين الروايات يقتضى جواز حبس الولد للتوصل الى اخذ قيمته وان لم يجز تملكه) ثم استشهد على ذلك ببعض الروايات وهذه الروايات مروية فى ج ٣ يب ص ٢١٣ والظاهر انه لا بأس بهذا الوجه بعد مساعدة الروايات عليه فراجع المقابيس .

ويرد عليه ان المطالب (بالفتح) هنا انما هو المشترى فلو جاز حبس المديون لاستحصال الدين ، فلابد وان يحبس المشترى دون ولده غير المقصر .

والتحقيق أن يجاب عن المناقشة بانه لا شبهة فى ظهور الرواية فى صحة بيع الفضولى بالاجازة المتاخرة وقد عرفته قريباً غاية الامر انها اشتملت على حكم آخر لا نعرف سرّه ولا ربط له بجهة الاستدلال ومن الظاهر ان اشتمالها على جهة مجهولة لا يسقطها عن الحجية من سائر الجهات غير المجهولة .

المناقشة الثالثة : انّه قد حكم الامام عليه السلام للمشترى باخذ ابن السيد مع ان ذلك لا يجوز لان غاية الامر كونه غاصبا و الغاصب ليس حكمه ذلك .

واجيب عنه بانه يمكن ان يكون ذلك لمطالبة المشترى الثمن الذى دفعه اليه ومن الظاهر انه لا بأس بحبس المديون لاستحصال الدين .

ويتوجه عليه ان هذا الحكم وان كان صحيحا فى نفسه لان الغرامة المتوجهة على المشترى متوجهة على البايع لانه الذى غرّ المشترى وتسبب لخسرانه وقد دلت النصوص والفتاوى على ان المغرور يرجع الى الغار ، ولكن هذا الوجه لا يناسب ذيل الروايه اعنى به

قول المشترى للسيد الاول : « لا والله لا ارسل اليك ابنك حتى ترسل ابنى » فلما راى ذلك اجاز البيع ، فان الظاهر من هذه القطعة من الرواية هوان حبس المشترى ابن السيد الاول لم يكن لاجل استحصال الثمن بل لاجل فكاك ولده .

والتحقيق ان يجاب عن هذه المناقشة ايضا مثل ما اجبنا به عن سابقتها من ان هذا حكم آخر لانعرف ربطه بجهة الاستدلال من الرواية على ما نحن فيه .

ويوئيد ما ذكرناه ان القضايا التى صدرت من اميرالمؤمنين عليه السلام لم تصل الينا بجميع خصوصياتها الخارجية الواقعة بين المترافعين وكذلك هذه القضية التى بين ايدينا فان غرض الامام ابى جعفر عليه السلام من نقلها ليس الا بيان ان اميرالموءمنين عليه السلام قد حكم بان البيع على مال الغير قابل للاجازة وليس غرضه بيان خصوصيات القضية باجمعها .

ثم انا لو تنزلنا عما ذكرناه من كون الصحيحة ظاهرة فى صحة بيع الفضولى بالاجازة المتاخرة و قلنا بظهورها فى صحته بالاجازة المسبوقة بالرد الذى هو مخالف للاجماع فهل يستفاد منها تاثير اجازة المالك فى العقد الواقع على ملكه فضولا ام لا ؟

ذكر المصنف ره (ان الانصاف ان ظهور الرواية فى ان الاجازة مجدية فى الفضولى مع قطع النظرعن الاجازة الشخصية فى مورد الرواية غير قابل للانكار ، فلابد من تاويل ذلك الظاهر لقيام القرينة وهى الاجماع على اشتراط الاجازة بعدم سبق الرد) .

وملخص كلامه ان الصحيحة وان وردت فى قضية شخصية التى

لا يمكن التعدى منها الى مثلها اجماعا و لكن يمكن ان يستنبط منها تأثير اجازة المالك فى العقد الواقع على ملكه فضولا فى غير مورد الاجماع ٠

و يتوجه عليه : ان هذا انما يتم فيما اذا كان للرواية عموم او اطلاق ، فان فى مثل ذلك ترفع اليد عن خصوصية المورد و يؤخذ بالعموم او الاطلاق و ذلك لان عدم انطباق الكبرى المستفاد من رواية على موردها لا يوجب رفع اليد عن تلك الكبرى بالكلية و نظير ذلك كثير فى الروايات (١) و اما اذا لم يكن للرواية اطلاق او عموم ـ كما فى المقام حيث ان الصحيحة تحكى قضية شخصية فى مورد خاص لا نعرف كيفية وقوعها من جميع الجهات ـ فلا يمكن التعدى من موردها الى غيره ٠

الوجه الرابع : انه قد دلت النصوص المعتبر و الاجماعات

١ـ منها صحيحة ابى نصر البزنطى عن ابى الحسن(ع) فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما بملك ايلزمه ذلك فقال لا قال رسول الله (ص) وضع عن امتى ما اكره عليه وما لم يطيقوا و ما اخطاؤا الوسائل ج ١٦ باب ١۶ من كتاب الايمان ج ۶ فان هذه الصحيحة و ان تنطبق على موردها اذ لا يلزم الحلف بالامور المذكورة فى الرواية فى غير حال الاكراه ايضا عند الاماميه و لكن هذا لا يمتنع عن التمسك باطلاق حديث الرفع فى غير مورد الرواية و هذا ظاهر و منها موثقه ابن بكير قال سأل زرارة اباعبدالله(ع) عن الصلاة فى الثعالب و الفنك و السنجاب الى اخر الحديث و الى غير ذلك من الروايات ٠

المحكية على صحة الزواج الفضولى(۱) و اذا صح الزواج الفضولى صح سائر العقود الفضولية بالاولوية و ذلك لان الماليات يتسامح فيها بما لا يتسامح به فى الفروج ضرورة ان النكاح مبنى على الاحتياط و

۱ـ عن على بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سالته عن مملوكة بين رجلين زوجها احدهما و الاخر غائب هل يجوز النكاح قال اذا كره الغائب لم يجز النكاح ، وعن عبيد بن زرارة عن ابى عبدالله عليه اللام فى عبد بين رجلين زوجه احدهما و الاخر لايعلم ثم انه علم بعد ذلك له ان يفرق بينهماقال :للذى لم يعلم ولم ياذن ان يفرق بينهما و ان شاء تركه على نكاحه الوافى ج ۱۲ ص ۸۹ و عن ابن بزيع قال : سأله رجل مات وترك اخوين وابنة و الابنة صغيرة فعمد احد الاخوين الوصى فزوج الابنة من ابنه ثم مات ابو الابن المزوج فلما ان مات قال الاخر اخى لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه فقيل للجارية اىّ الزوجين احب اليك الاول او الآخر قالت الآخر ثم ان الاخ الثانى مات و للاخ الاول ابن اكبر من الابن المزوج فقال للجارية اختارى ايهما احب اليك الزوج الاول او الزوج الآخر فقال الرواية فيها انها للزوج الآخر و ذلك انها قدكانت ادركت حين زوجها و ليس لها ان تنقضى ما عقدته بعد ادراكها (يب ج ۷ ص۳۸۷ الوافى ج ۱۲ ص ۶۷ و فى رواية البقباق اذا زوج الرجل ابنه فذلك الى ابيه موثقة . الوافى ج ۱۲ص ۶۵ يب ج ۲ ص ۲۲۴ و رواه الشيخ بسند اخر فى ص ۲۲۵ وعن محمد بن الحسن الاشعرى قال كتب بعض بنى عمى الى ابى جعفر الثانى عليه السلم ما تقول فى صبية زوجها عمها فلما كبرت أبت التزويج فكتب بخطه لا تكره على ذلك و الامر امرها الوافى ج ۱۲ ص ۶۶ يب ج ۲ ص ۲۲۳ و عن الكاهلى عن محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام انه ـ سأله رجل زوّجته أمه و هو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل و ان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لامه الوافى ج۱۲ ص ۶۸ يب ج ۲ ص ۲۲۴ .

فى غير واحد من الروايات (١) ما يدل على شدة الاهتمام بامر النكاح والاحتياط فيه وعلل ذلك فى بعضها بانه يكون منه الولد و من الظاهر انه اذا جاز العقد الفضولى فيما كان الاحتياط فيه اشد جاز فيما كان الاحتياط فيه اضعف بطريق اولى وقد تمسك بهذا الوجه جماعة من الفقهاء بل قال فى الرياض : (ولعمرى انها من اقوى الادلة ولولاها لاشكل المصير الى هذا القول لحكاية الاجماعين الآتيين) .

و يتوجه على هذا الوجه ان اهتمام الشارع بامر النكاح وشدة احتياطه فيه لايقتضى الاهتمام بسببه والاحتياط فيه بل يقتضى ذلك ان يكون سببه اسهل لئلا يقع الناس فى الزنا بسبب التكليف والضيق مثلا اذا اعتبرت العربية فى مادة الصيغة وهيئتها ولهجتها كان ذلك سببا لعدم تمكن اكثر الناس من سبب النكاح و يقعون فى الحرام كثيراً ، فالاهتمام بامر النكاح يقتضى عدم الاحتياط فى سببه دون الاحتياط فيه لكن يعتبر فيه ما لا يعتبر فى سائر العقود من الخصوصيات بل ربما يعتبر فى سائر العقود ما لا يعتبر فى عقد النكاح كالتقابض فى المجلس فانه معتبر فى الصرف والسلم ولكنه غير معتبر فى عقد النكاح وكثيراً ترى التوسعة فى اسباب النكاح من تشريع المتعة و ملك اليمين والتحليل وجواز الاقتصار فى مقام الاذن بالسكوت وغير ذلك واذن ، فعدم احتياط الشارع فى النكاح بالتوسعة فى اسبابه

١- ج ٧ يب ص ٦٧ والوسائل باب ٢ من ابواب الوكالة و رواية اخرى فى ج ١٦ وافى ص ٥٢ و رواية شعيب الحداد وفى ج ٢ يب ص ٢۴۵ .

لا يدل بالفحوى على التوسعة فى اسباب سائر العقود وعليه فلا دلالة فى الروايات الواردة فى صحة عقد النكاح الفضولى مع ضميمة ما دل على شدة الاحتياط فى النكاح على صحة سائر العقود الفضولية لا بالاولوية ولا بغيرها واذن فلا يمكن التعدى من موارد تلك الاخبار الى غيرها على ان الاولوية ظنية والظن لا يغنى من الحق شيئا .

ثم انه ناقش المصنف فى الاستدلال بالفحوى على صحة البيع الفضولى ، وحاصل مناقشته ان الاولوية المزبورة وان كانت ثابتة فى بادى النظر ولكنها مردودة بالنص الوارد فى الرد على العامة فى فرقهم بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه حيث حكموا بالبطلان فى الاول لان البضع ليس له عوض وبالصحة فى الثانى لان المال له عوض وقد وبخهم الامام وقبّحهم برمى رايهم السقيم وزعمهم الواهى الى الجور والفساد واستذموا واستلاموا على حكمهم هذا حيث قال الامام : ما اجور هذا الحكم وافسد فان النكاح اولى واجدر ان يحتاج فيه لانه الفرج ومنه يكون الولد (۱) وعليه ، فمقتضى الاحتياط ان الحكم بصحة النكاح الواقع اولى من الحكم بصحة البيع الواقع واذن فتدل الرواية على كبرى كلية وهى ان الحكم بصحة المعاملة المالية الواقعه فى كل مقام يستلزم الحكم بصحة النكاح بالاولوية دون العكس كما زعمه اهل السنة والجماعة ، وحينئذ فلا يجوز التعدى من صحة النكاح فى مسألة الفضولى الى صحة البيع لان الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الاصل فى باب

۱ـ يب ج ۲ ص ۶۷ وسائل باب ۲ من ابواب الوكالة .

الاولوية والا لم تتحقق الاولوية واذن فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح اولى بالبطلان من جهة ان البضع غير قابل للتدارك بالعوض ٠

ثم انه ما هو الوجه فى ان الامام (ع) قد جعل الاحتياط فى ابقاء النكاح لا فى ابطاله ؟ مستدلا بانه يكون منه الولد مع ان الامر فى الاعراض كالاموال دائر بين المحذورين ضرورة ان ابقاء النكاح الذى اوقعه الوكيل قبل وصول عزله اليه احد المحذورين وابطاله هو المحذور الآخر وعليه فلا يكون احتياط فى البين ٠

ولعل الوجه فى ذلك : هو ان المراد من الاحتياط ليس هو معناه المصطلح اى : درك الواقع على كل حال بل المراد منه هنا انما هو الاخذ بالجانب الاهم وبيان ذلك : ان الحكم بابطال النكاح فى موارد الاشتباه التى منها مورد الرواية اعنى به مسألة عزل الوكيل مع عدم بلوغ الخبر اليه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير صحة النكاح واقعا فتتزوج المرأة بزوج آخر وحينئذ فتتحقق الزنا بذات البعل وهذا بخلاف ما لو حكم بصحة النكاح وابقائه فانه حينئذ لو كان باطلا فى الواقع فلا يلزم منه الا الزنا بغير ذات البعل ومن الظاهر ان هذا اهون من الزنا بذات البعل فالامام عليه السلام قد جعل الاخذ بأخف المحذورين احتياطاً فى الموارد المشتبهة من الاعراض انتهى ملخص كلامه ٠

والتحقيق ان الرواية اجنبية عما افاده المصنف وان كلام القوم غير مبنى على الاحتياط لا فى البيع ولا فى النكاح لا من حيث ـ الفتوى ولا من حيث العمل ، بل الرواية ناظرة الى جهة اخرى

غير ما يرومه المصنف و بيان ذلك : ان حكم هؤلاء بصحة البيع مع الجهل بعزل الوكيل و ان كان موافقا للواقع و لكنه حرام لانهم لم يستندوا فيه الى الاحتياط لكى يجيب عنه الامام (ع) بان النكاح اولى وأجدر بالاحتياط ، فيكون اولى بالصحة بل استندوا فى ذلك الى الاستحسان الذى يقتضى الصحة فى البيع و البطلان فى النكاح ولاريب ان الاستناد الى الاستحسان فى مقام الفتوى حرام لانه ، فتوى بلاعلم ولاهدى من الله ولاكتاب منير ، ومن الواضح ان الفتوى بلاعلم حرام بالادلة الاربعة هذا من حيث الفتوى اما من حيث العمل ، فلا شبهة فى ان حكمهم بصحة البيع لايوافق الواقع دائما حتى موافقا للاحتياط بل البيع مردد بين وقوعه وعدم وقوعه ، وحينئذ فامره دائر بين المحذورين فلا احتياط فى البين و هكذا الحال فى النكاح ايضا طابق النعل بالنعل ، ضرورة ان حكمهم ببطلانه غير مبنى على الاحتياط بل انما هو مبنى على الاستحسان وعليه فحكمهم ببطلانه حرام لكونه فتوى بلاعلم وانه فى نفسه اما واقع اوغير واقع فيكون فى مقام العمل من صغريات دوران الامربين المحذورين لا من موارد الاحتياط ، نعم يمكن الاحتياط فى النكاح بانحاء شتى :

١ـ طلاق المرأة ، لانها لوكانت مزوجة فى الواقع لبانت عن زوجها و الا اصبح الطلاق لغوا .

٢ـ اجراء العقد عليها ثانيا .

٣ـ الاجازة مع عدم رد المرأة العقد الذى اوقعه الوكيل مع الجهل بالعزل .

واما معنى الخبر فغرض الامام (ع) منه ـ والله العالم ـ انما هو الرد على هؤلاء القوم الذين افتوا بصحة البيع و بطلان النكاح الفضوليين مستندين فى ذلك الى الاستحسان وبيان ذلك ان هؤلاء قد ـ وضعوا امر الدين اصولا و فروعا فى غير محله ولم يرجعوه الى اهله و لم يستندوا فيه الى آية صريحة ولا سنة معتبرة ولا عقل سليم بل استبدوا بآرائهم الواهية و عقولهم الناقصة وانقطعوا بذلك عن العترة الطاهرة واستظهروا بالمعصية على الطاعة و بالفرقة على الاجتماع و بالشتاة على الالفة و بالباطل على الحق واستبدوا العمى من الرشد والذل من العز حتى تمزق الاجتماع وتفرق المسلمون مثل ايادى سبا وطلعت الشمس من غير محلها فضلوا و اضلوا فذلك هو الخسران المبين مع ان النزول على حكم الادلة والبراهين والتعبد بسنة سيد المرسلين قد اخذ الاعناق الى الاخذ بمذهب الائمة الطاهرين والانقطاع اليهم فى فروع الدين وعقائده واصول الفقه وقواعده و معارف السنة والكتاب وعلوم الاخلاق والسلوك والاداب فالامام(ع) قد رد على هؤلاء حيث لم يحتاطو فى الماليات وافتوا بصحة البيع الفضولى واستندوا فى رايهم هذا الى الاستحسان ولم يرجعوا فيه الى اهله ولم يمتنعوا عن الحكم فيه وان كان رأيهم موافقا للواقع ولم يحتاطوا فى الاعراض ايضا حيث افتوا ببطلان النكاح الفضولى مع ان النكاح من مهمات ما يتوقف عليه نظام الدين والدنيا وكان الاحتياط فيه اجدر واحرى لان تركه ربما يوجب التفريق بين الزوجين والزنا بذات البعل ويكون ذلك وسيلة الى تولد الفراعنة والجبارة فيفسدون فى الارض ويسفكون الدماء وقد اشار الامام عليه السلام

الى خطائهم و بطلان استحسانهم بقوله عليه السلام ما اجور هذا الحكم وافسد فان النكاح اولى واجدران يحتاط فيه ٠

وعلى الجملة ان الامام عليه السلام وبخهم و وجه الازلاء عليهم من جهة اقدامهم على الفتوى بلا دليل شرعى وعدم سكوتهم فيما لا بد من التوقف فيه مع ان الاحتياط كان مقتضيا للسكوت، فقد اتضح لك مما بيناه ان الرواية بعيدة عن المعنى الذى ذكره المصنف

ثم انه قد يقرر تقريب الفحوى بوجه آخر ـ كما فى المقابيس و غيره ـ وحاصله انه اذا صح تمليك البضع بالاجازة مع انه لا عوض له صح التمليك المال المتضمن للعوض بالاولوية ٠

و يرد عليه ان عدم مقابلته بالمال لايدل على الاولوية المزبورة اذ من المحتمل ان يكون ذلك لاهمية البضع و يضاف الى ذلك ان البضع ايضا له عوض غاية الامر انه لا يلزم ذكره فى العقد بل فى الجواهر (انه لاخلاف فى ان ذكر المهر ليس شرطا فى صحة العقد بل الاجماع بقسميه عليه مضافا الى ظاهر آية لاجناح والنّصوص المستفيضة او المتواترة) ٠

على ان هذه الاولوية ظنية لان مصالح الاحكام خفية و من الظاهر ان الادلة الظنية لاتصلح لاثبات الاحكام الشرعية ٠

****

الوجه الخامس الروايات (١) الدالة على صحة نكاح العقد الواقع بدون اذن مولاه وقد علل هذا الحكم فى بعضها بانه لم يعص الله وانّما عصى سيده فقد استدل بها على صحة بيع الفضولى و تقريب ذلك بوجهين :

الاول من ناحية الفحوى والاولوية المستفاد من مجموع تلك الاخبار وبيان ذلك انه اذا صح نكاح العبد الواقع بدون اذن سيده بالاجازة اللاحقة مع كونه فضوليا لتصرفه فى مملوك مولاه و كونه محجورا عليه اذ لاسلطان له فى مقابل سلطنة مولاه صح العقد

١ـ عن على بن جعفر عن اخيه عليه السلام : انه اتاه رجل بعبده فقال : ان عبدى تزوج بغير اذنى فقال عليه السلام : فرق بينهما فقال السيد لعبده : ياعدوا لله طلق فقال (ع) كيف قلت له قال : قلت له : طلق فقال للعبد اما الان فان شئت فامسك حيث قلت له طلق اقررت له بالنكاح يب ج ٢ ص ٢١٤ الوافى ج ١٢ ص ٨٨ والبحار ج ٢٣ ص ٨٠ وعن معاوية بن وهب عن الصادق (ع) انه قال فى رجل كاتب على نفسه وماله وله أمة وقد شرط عليه ان لايتزوج فاعتق الامة و تزوجها فقال لايصلح له ان يحدث فى ماله الا الاكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردود قيل فان سيده علم بنكاحه ولم يقل شيئا قال اذا صحت حين يعلم بذلك فقد اقر الكافى ج ٥ ص ٤٧٨ والوافى ج ١٢ ص ٨٨ وعن زرارة عن ابى جعفر (ع) قال سألته عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه فقال : ذلك الى مولاه ان شاء فرق بينهما وان شاء اجاز نكاحهما فقلت لابى جعفر (ع) فانه فى اصل النكاح كان عاصيا فقال (ع) وليس بعاص لله وانما عصى سيده وفى رواية اخرى لزرارة عنه (ع) انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز الكافى ج ٥ ص ٤٧٨ والوافى ج ١٢ ص ٨٨ و يب ج ٢ ص ٢١٣ .

المتمرض فى الفضولية بالاولوية ٠

وفيه ما عرفته آنفاً من ان الاولوية ليست بقطعية لكى يمكن الاخذ بها فى الاحكام الشرعية بل هى ظنية فلا يجوز الاستناد اليها لان مصالح الاحكام غير معلومة لنا ٠

الثانى : من ناحية عموم التعليل المذكور فى الخبرين فقد استدل بذلك شيخنا الاستاذ واليك لفظ مقرر بحثه : (ان ظاهر قوله عليه السلام انه لم يعص الله وانما عصى سيده ان المناط فى البطلان هو عدم تشريع الله سبحانه المنشأ بالعقد واما اذا كان مشروعا من قبله سبحانه ولكنه فى عقده تصرف فى سلطان الغير، فهو منوط باجازته ، فاذا اجاز جاز فقوله (ع) ا فاذا اجاز جازا بمنزلة كبرى كلية وخصوصية كون العاقد عبداً وكون ذى حق سيدا ملغا قطعا ، لانه (ع) فى مقام بيان ان كل من تصرف فى متعلق حق الغير فامر هذا التصرف راجع الى ذى الحق ان شاء أبطله وان شاء اجازه وعلى هذا ، فلو فرض ان نكاح العبد من قبيل بيع الراهن لامن قبيل بيع مال الغير فلا يضر بالاستدلال ، لان المناط فى صحة الفضولى توقف العقد على اجازة الغير سواء كان جهة الوقوف كون المال مال الغير ام كونه متعلقا لحق الغير كتعلق حق الرهانة اوحق الغرماء والديان اوحق السادات والفقراء ونحو ذلك) ٠

وملخص كلامه : ان الاستدلال بتلك الروايات على صحة بيع الفضولى لايتوقف الى اثبات الاولوية لكى يناقش فيها بماعرفته قريبا بل يمكن الاستدلال على ذلك بعموم العلة المنصوصة فى الخبرين المستفادة من مقابلة عصيان الله بعصيان السيد بدعوى

ان العبد لم يعص الله فى نكاحه لكى يكون قابلا للزوال بالاجازة اللاحقة كالعقد فى العدة واشباهه كما فى احد الخبرين لان حرام الله حرام الى يوم القيامة وانما عصى سيده الذى يزول عصيانه بتبديل كراهته برضائه ، فيستفاد من ذلك ان النكاح المزبور مشروع فى نفسه وانما المانع عن نفوذه هو كراهة السيد فاذا رضى به صح وعليه ، فيصح كل عقد مشروع فى نفسه بالاجازة اللاحقة اذ لا خصوصية لنكاح العبد لنفسه واذن فالامام (ع) فى مقام بيان الضابطة الكلية وهى ان كل عقد كان فيه عصيان لله تعالى ، فهو فاسد كالعقد فى العدة والعقد على المحارم وبيع الخمر والخنزير وكل عقد لم يكن فيه عصيان لله تعالى فهو صحيح غاية الامر انه محتاج الى اجازة سيده .

وقال المصنف ما هذا لفظه (وربما يؤيد المطلب بالاخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه معللا بانه لم يعص الله وانما عصى سيده ، أن المانع من صحة العقد اذا كان لا يرجى زواله ، فهو الموجب لوقوع العقد باطلا وهو عصيان الله تعالى واما المانع الذى يرجى زواله كعصيان السيد فبزواله يصح العقد ورضا المالك من هذا القبيل فانه لا يرض اولا ويرضى ثانيا بخلاف سخط الله عز وجل بفعل فانه يستحيل رضاه .

ويرد عليه انه لا يمكن الاستدلال بهذه الروايات بوجه على صحة بيع الفضولى بالاجازة اللاحقة للفرق الواضح بين مفادها وبين البيع الفضولى ضرورة اذ العقد فى موردها مستند الى من له العقد كما عرفته سابقا اذ المفروض ان العبد قد تزوج لنفسه الا انه فاقد لما

هو معتبر فى صحته وهو رضا السيد واذن ، فلا اشعار فيها بصحة البيع الفضولى فضلا عن الدلالة عليها نعم يمكن التعدى منها الى ما يماثل موردها كعقد بنت الاخ ، فان صحته متوقفة على رضا العمة وكعقد بنت الاخت فان صحتها متوقفة على رضا الخالة على ما فى بعض الروايات (١) وعليه فاذا تزوج الرجل ببنت الاخ بدون رضا العمة او ببنت الاخت بدون رضا الخالة حكم بصحة ذلك بالرضا المتاخر منهما من جهة تلك الروايات لانه لم يعص الله حتى لايزول عصيانه بل عصى المخلوق فيزول بالرضا وعليه فتدل الرواية على كبرى كلية وهى ان كل عقد صدر من اهله ووقع فى محله ولكن يتوقف نفوذه على اجازة الغير فهو نافذ بالاجازة بمقتضى التعليل المذكور فى تلك الاخبار ، فلا دلالة فيها على صحة ما يتوقف اصل انعقاده على اجازة الغير ، نعم لو كان التعليل بان كان كل عقد كان فيه عصيان المخلوق دون الخالق ، فهو محكوم بالصحة برضا الغير لكان شاملا للبيع الفضولى ايضا ولكن الواقع فى الرواية ليس كذلك٠

وقد اتضح لك مما ذكرناه انه لايصح الاستدلال على صحة بيع الفضولى بالاجماع على نفوذ بيع المفلّس مع اجازة الغرماء وعلى نفوذ بيع الراهن مع اجازة المرتهن لان شيئا من ذلك لايرتبط بما نحن فيه ٠

ثم اذا سلمنا دلالة الاخبار المذكورة على صحة عقد الفضولى لم يصح ما نسب الى ابن حمزة ره من ان نكاح العبد وكذا نكاح

١ـ راجع الوافى ج ١٢ ص ٣٧ و يب ج ٢ ص ٢٠٨ والكافى ج ٥ ص ٤٢٤ والوسائل باب ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ٠

الحر لغيره فضولا كنكاح الولى الشرعى و العرفى انما يصح بالاجازة لخصوصية خاصة فى كل مورد فلا يمكن التعدى من هذه الموارد الى مطلق نكاح الفضولى فضلا عن سائر العقود الفضولية وذلك لعدم الفارق بينها و بين سائر العقود الفضولية لوحدة المناط فى الجميع ولكن قد عرفت عدم دلالتها على ذلك .

الوجه الرابع : الروايات (١) الواردة فى اباحة المناكح و

١ـ عن على بن ابراهيم فى تفسير قوله تعالى اذا جائوها و فتحت ابوابها قال اميرالمؤمنين عليه السلام ان فلانا وفلانا غصبونا حقنا و اشتروا به الاماء و تزوجوا به النساء الاوانا قد جعلنا شيعتنا من ذلك فى حل لتطيب مواليدهم . وعن غوالى اللئالى سئل الصادق (ع) فقيل يابن رسول الله ما حال شيعتكم فيما خصكم الله به اذا غاب غائبكم الخ مستدرك ج ٢ ص ٥٥٥ ، وعن علبا الاسدى قال دخلت على ابى جعفر (ع) فقلت له : انى وليت البحرين فاصبت بها مالا كثيراً و اشتريت متاعا و اشتريت رقيقا و اشتريت امهات اولاد و ولد لى و انفقت و هذا خمس ذلك المال و هؤلاء امهات اولادى و نسائى وقد اتيتك به فقال : اما انه كله لنا و قد قبلت ما جئت به و حللتك من امهات اولادك و نسائك رجال الكشئ .

وعن الحسن بن على العسكرى (ع) عن آبائه (ع) عن اميرالمومنين (ع) انه قال لرسول الله (ص) : قد علمت يا رسول الله انه سيكون بعدك ملك غضوض وجبر فيستولى على خمس من السبى و الغنائم و يبيعونه فلايحل لمشتريه لان نصيبى فيه فقد وهبت نصيبى منه لكل من ملك شيئا من ذلك من شيعتى لتحل لهم منافعهم من مأكل و مشرب و لتطيب مواليدهم ولايكون اولادهم اولاد حرام مجهول . الوسائل باب ٤ من ابواب الانفال ج ٢٠ .

وعن سالم بن مكرم عن ابى عبدالله (ع) قال رجل وانا حاضر

←

المساكين والمتاجر للشيعة وان كان ذلك باجمعه للامام عليه السلام فانها تدل على ان الائمة عليهم السلام قد اجازوا معاملات شيعتهم على اموالهم فتدل على تاثير الاجازة اللاحقة ٠

اقول لايخفى عليك ان هذه الروايات يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولى على تقدير ولايمكن ذلك على تقدير آخر وبيانه انك قد عرفت فى طليعة البحث عن العقد الفضولى ان اقتران رضا المالك بالعقد الصادر من الاجنبى لايخرجه عن عنوان الفضولى الا اذا اظهره بمظهر خارجى وهذا لاشبهة فيه ٠

وانما البحث فى ان الاذن الغير الواصل هل يخرج العقد عن الفضولية ام لا ؟ كما اذا اذن المالك فى بيع شىء من ماله فباعه الماذون قبل وصول الاذن اليه فان قلنا بتاثير الاذن الغير الواصل فى خروج العقد عن الفضولية ، فالاجازة المزبورة اجنبية عن بحث الفضولى بالكلية ، ضرورة ان الائمة (ع) قد اذنوا لشيعتهم فى المعاملة على ما فيه حق الامام (ع) غاية الامر ان المشترى لم يطلع على ذلك الاذن وعليه ، فتكون تلك المعاملة مستندة الى الائمة

←

حل لى الفروج ففزع ابو عبدالله (ع) فقال له : رجل ليس يسألك ان يعترض الطريق انما يسألك خادما يشتريها او امرأة يتزوجها او ميراثا يصيبه او تجارة او شيئا اعطيه فقال هذا لشيعتنا حلال الشاهد منهم والغائب والميت منهم والحى وما يولد منهم الى يوم القيامة الوسائل باب ۴ من ابواب الانفال ج ۴ ضعيف بسالم بن مكرم و ، حديث الاول من باب ۴ ايضا ٠

(ع) لاجل ذلك الاذن الموجود حين العقد ، و ان قلنا بان مجرّد صدور الاذن من المالك لايخرج المعاملة الصادرة من الاجنبى عن عنوان الفضولى ما لم يصل اليه ، بل الاذن المزبور انما يؤثر فى خروجها عن الفضولية حين وصوله الى العاقد ان قلنا بذلك فالروايات المذكورة تدل على صحة العقود الفضولية و هذا هو الحق لان الائمة و ان اذنوا فى المعاملة على اموالهم و لكنه لم يصل الى المشترى و من الظاهر ان العقد انما يخرج عن الفضولية باستناده الى المالك ولا يستند العقد اليه بمجرد صدور الاذن منه و ان لم يصل الى العاقد بل انما يستند اليه ذلك بالاذن الواصل و يكون عندئذ مشمولا للعمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و نفوذها و اذن فتدل تلك الروايات ايضا على صحة العقود الفضولية بالاجازة اللاحقة .

و دعوى ان ما اشتملت عليه تلك الروايات حكم شرعى لا يجب تطبيقه على القواعد ، و لا يمكن التعدى من موردها الى مورد آخر، دعوى فاسدة ، لان الظاهر منها هو ان الامام (ع) انّما يمضى معاملات شيعتهم الواقعة على امواله بعنوان انه مالك كسائر الملاك فينتج من ذلك قاعدة كلية و هى ان كل مالك يجوز له امضاء المعاملة الفضولية الواقعة على ماله وعلى هذا فاذا اشترى احد شيئا ثم علم ان البايع لم يؤد خمسه كان البيع بالنسبة الى مقدار الخمس فضوليا و يحكم بصحته من ناحية اجازة الامام (ع) فلا يحتاج الى اجازة الحاكم وعليه ، فيتعلق الخمس بالثمن ولو كان ذلك جارية بل يصح النقل بلا عوض ايضا وحينئذ فيتعلق الخمس بذمة

الناقل وكل ذلك لاجل تلك الروايات وقد ذكرنا فى كتاب الخمس ان اخبار التحليل كلها مطلقها ومقيدها محمولة على هذه الجهة و ان التحليل انما هو للمنقول اليه فقط لا للناقل بل ذمته مشغولة بحق الامام (ع) وانما التزمنا بذلك جمعا بين الاخبار الدالة على طيب المناكح والمساكين والمتاجر للشيعة وبين ما دل على وجوب ايصال حق الامام اليه كرواية الكلينى عن على بن ابراهيم عن ابيه قال : كنت عند ابيجعفر (ع) اذ دخل عليه صالح بن محمد بن سهل الخ ، الوسائل باب ٣ من ابواب الانفال ولو اغمضنا عما ذكرناه لما جاز شراء ما فيه حق الامام (ع) ولما جاز التصرف ولما جاز وطى الامة التى هى للامام (ع) مع انها جائزة وايضا يلزم ان يكون المتولد من تلك الجارية ولد زنا مع انه ليس كذلك وجميع ذلك ليس الا من ان الامام (ع) قد امضى هذه المعاملات تفضلا منه على شيعتهم

وقد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما يقال : من ان مقتضى ما دل على طيب المناكح هو اباحة وطى الجارية التى جعلت ثمنا لما فيه الخمس مع ان مقتضى انتقال الخمس الى الثمن هو عدم الجواز ووجه الفساد هو ما ذكرناه من مقتضى الجمع بين الاخبار هو اختصاص التحليل بالمنقول اليه فقط فلا يعم الناقل و تفصيل الكلام فى محله .

الوجه الخامس : الروايات (١) الواردة فى عامل مال المضاربة لو خالف ما شرط عليه من تعيين سلعة مخصوصة فاشترى غيرها او المنع عن السفر الى ارض معلومة فسافر اليها فانها تدل على انه

←

يضمن مال المضاربة مع التلف ولكن الربح مشترك بينهما على الشرط وهذا لا يتم الا على القول بصحة المعاملات الفضولية و تاثير الاجازة اللاحقة فيها ، فانه على هذا تكون المعاملة الصادرة من العامل فضولية و تصح بالاجازة اللاحقة و الا فمقتضى القاعدة ان يكون مجموع الربح للمالك ٠

١- يب عن جميل عن ابى عبدالله (ع) فى رجل دفع الى رجل مالا يشترى به ضربا من المتاع فاشترى به غير الذى امره قال هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط و روى الكلينى و الشيخ باسنادهما عن الحلبى عن ابى عبدالله (ع) انه قال فى الرجل يعطى الرجل المال فيقول له ائت ارض كذا وكذا و لاتجاوزها واشتر منها قال : فان جاوزها و هلك المال ، فهو ضامن و ان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و ان ربح فهو بينهما حسن بابن هاشم ٠ كافى عن محمد بن مسلم عن احدهما (ع) قال سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة و ينهى ان يخرج به فخرج قال : يضمن المال و الربح بينهما ٠ تهذيب عن ابى بصير عن ابى عبدالله(ع) فى الرجل يعط الرجل مالا مضاربة و ينهاه أن يخرج به الى ارض اخرى فعصاه فقال هو له ضامن و الربح بينهما اذا شرطه وعصاه ٠
فقيه عن الكنانى قال سألت اباعبدالله (ع) عن المضاربة يعطى الرجل المال يخرج به الى الارض و نهى أن يخرج به الى ارض غيرها فعصى فخرج به الى ارض اخرى فعطب المال فقال هو ضامن فان اسلم فربح فالربح بينهما تهذيب عن الشحام عن الصادق(ع) فى المضاربة اذا اعطى الرجل المال و نهى ان يخرج بالمال الى ارض اخرى فعصاه فخرج به قال هو ضامن و الربح بينهما الكافى ج ٥ ص ٢٤٠ والتهذيب ج ٢ ص ١٧٠ و الوافى ج ١٠ ص ١٢٠ والفقيه طبعة النجف ص ١٤٣ ٠

قال المصنف - وهذا نصه - : (فانها ان ابقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الاجازة كما نسب الى ظاهر الاصحاب وعدّ هذا خارجا عن بيع الفضولي بالنص كما في المسالك وغيره كان فيها استيناس لحكم المسالة من حيث عدم اعتبار اذن المالك سابقا في نقل المالك الى غيره وام حملناها على صورة رضا المالك بالمعامله بعد ظهور الربح كما هو الغالب و بمقتضى الجمع بين هذه الاخبار و بين ما دل على اعتبار رضا المالك في نقل ماله و النهي عن اكل المالّ يالباطل(١) اندرجت المعاملة في الفضولي و صحتها في خصوص المورد و ان احتمل كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تاييد للمطلب.

و ملخص كلامه ان الروايات الدالة على صحة المعاملة الصادرة من عامل القراض تدور على احتمالين احدهما : عدم لزوم الاجازة في المعاملة المزبورة ، والثاني : دلالتها على صحة تلك المعاملة مع الاجازة اللاحقة ضرورة ان المالك وان لم يكن راضيا بهاقبل ظهور الربح و لكنه رضى بها و على الاول ، فيستأنس بها لصحة بيع الفضولي لاشتراكه مع مورد الروايات في عدم لزوم الاذن السابق في نقل المال ، وعلى الثاني ، فتدل على صحة بيع الفضولي .

اقـــول : اما الاحتمال الاول فيرد عليه ان مجرد الاستيناس لايدل على صحة بيع الفضولي ، فانه لايفيد الا الظن فهو لايغني

١- كاية التجارة عن تراض و الروايات الدالّة على حرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه و رضائه وقد ذكرنا هذه الروايات في الجزء الثاني ص ١٣٧ .

من الحق شيئا بل لااستيناس هنا ايضا بديهة ان الحكم بصحة عقد الفضولى بلا احتياجه الى الاجازة اللاحقة فى مورد خاص للنص غير مربوط بصحة المعاملة الفضولى مع الاجازة وذلك لان النص قد دل عدم اعتبار اذن المالك فى الاول بخلاف الثانى فانه تعتبرفى صحته اجازة المالك - كما هو المفروض - واشتراك مورد النصوص مع سائر العقود الفضولية فى عدم اقتران العقد باذن المالك لايقتضى الاتحاد من جميع الجهات على انه لو صح التمسك بها فى المقام للزم الحكم بصحة بيع الفضولى بلا احتياج الى رضا المالك لاسابقا ولا لاحقا اذ لم يفرض فى مورد الروايات احتياج معاملة العامل الى اجازة المالك ، بل انما حكم الامام (ع) بصحتها على وجه الاطلاق ٠

فتحصل ان هذه الروايات اجنبية عن بيع الفضولية بالكلية فى مورد فلا استيناس بها لصحة بيع الفضولى بوجه ، واما الاحتمال الثانى فيتوجه عليه انا لو فرضنا لحوق الاجازة من المالك بالمعاملة التى اوقعها العامل ولكنها لايتفق ومورد الروايات ، بداهة ان المذكور فيها انما هو اشتراك الربح بين المالك والعامل ومقتضى لحوق الاجازة بها هو كون الربح باجمعه للمالك وان العامل لاستحق منه شيئا ٠

ودعوى ان المالك انما اجاز البيع بعنوان انه من مصاديق المضاربة ومن الظاهر ان مقتضى عقد المضاربة هو اشتراك الربح بينهما ، دعوى فاسدة ، لانها تكلف فى تكلف على ان ذلك يقتضى كون التلف على المالك لاعلى العامل مع انه مخالف لصريح تلك الروايات على ان حملها على صورة لحوق الاجازة من المالك دعوى

فاسدة اذ لاشاهد عليه فى شئ من تلك الاخبار ولا فى غيرها فيكون الحمل تبرعيا محضا .

وعلى الجملة ان الروايات المذكورة وان كانت تنطبق على البيع الفضولى بناء على ما ذكره المصنف من الاحتمال الثانى ولكن لازم ذلك هو عدم كون الربح مشتركا بين العامل والمالك ، ضرورة ان ما وقع عليه عقد المضاربة لم يوجده العامل وما اوجده العامل غير مربوط بالمضاربة بل انما هو عقد آخر فضولى ، فان اجازة المالك اختص به لا انه يكون من مصاديق المضاربة ومشتركا بينه و بين العامل وان لم يجزه بطل من اصله والعجب من المصنف فانه كيف حمل تلك الروايات على الفضولى بمقتضى الجمع بينها و بين ما دل على اعتبار الرضا فى نقل الاموال فتحصل ان الحكم بصحة بيع الفضولى مع لحوق الاجازة بها من ناحية تلك الاخبار يعد من الغرائب وانها بعيدة عن كلا الاحتمالين الذين ذكرهما المصنف .

ثم انه هل يمكن تطبيق تلك الروايات على القاعدة او انها محمولة على التعبد المحض ؟ فربما يقال بالاول بدعوى ان غرض الامام (ع) من تلك الروايات انما هو التنبية على ما تقتضيه القاعدة

وبيان ذلك ان غرض المالك من ايقاع عقد المضاربة ليس الا الاسترباح وتحصيل المنفعة باى وجه اتفق الا انه نهى عن اشتراء سلعة خاصة اوعن المسافرة الى محل معين لاجل تخيله عدم حصول الربح من ذلك او تلف المال عندئذ ، فيكون نهيه عن المعاملة الخاصة اوعن المسافرة الى مكان مخصوص من طرق تحصيل المنفعة ايضا ، والا فليس له غرض خاص من المنع المزبور ولاهناك مصلحة

خفية لايعلمها العامل ولا انه مستند الى العناد واللجاج واذن فالممنوع عنه ليس بخارج عن حدود المضاربة غاية الامران المالك قد اشترط على العامل شرطا خارجا عما يقتضيه عقد المضاربة لاجل ذلك الخيال ، وحينئذ فلو راى العامل ربحا فى البيع الذى نهى عنه المالك واقدم عليه لكان ذلك من مصاديق عقد المضاربة ، وان لم يلتفت اليه المالك بل منع عنه صريحا ضرورة ان منعه عن ذلك ليس الا من قبيل الخطا فى التطبيق و تخيله عدم وجود النفع فى المنهى عنه مع وجوده فيه واقعا و على هذا ، فاشتراكهما فى الربح من جهة عقد المضاربة لا للاجازة اللاحقة لكى يستدل بذلك على صحة العقود الفضولية كما ان كون الخسران على العامل من جهة الاشتراط ، فانه يؤثر فى كون الوضيعة عليه و به تخرج المعاملة عن المضاربة فى صورة الخسران وتدل على ذلك قصة عباس (١) عم النبى (ص) حيث انه كان يقارض عماله و يشترط عليهم ان لاينزلوا بطون الوادى والا فالضررعليهم ، فيعلم من هذه القضية انه لاباس باشتراط كون الوضيعة على عامل المضاربة فى فرض المخالفة ٠

و يرد عليه اولا : انه لايمكن الالتزام بالخطا فى التطبيق فى

١ـ عن الحلبى عن ابى عبدالله (ع) انه قال فى المال الذى يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شىء الا ان يخالف امر صاحب المال فان العباس كان كثير المال وكان يعطى الرجال يعملون به مضاربة و يشترط عليهم ان ينزلوا بطن واد و لا يشتروا ذاكبد رطبة قال (ع) فان خالفت شيئا مما امرتك به فانت ضامن للمال يب ج ٢ ص ١٦٩ والوافى ج ١٠ ص ١٢٠ قوله ذاكبد كناية عن الحيوان وانما منع عنه لكونه فى معرض الافات ٠

جميع الموارد بل انما يمكن الالتزام به فيما علم انه ليس غرض المالك من ايقاع عقد المضاربة الا الاسترباح باى وجه اتفق فانه عندئذ يمكن القول بصحة المضاربة فى صورة المخالفة عند ظهور الربح فيها ٠

واما اذا لم يعلم غرضه من ذلك فلا يمكن الالتزام بالخطافى التطبيق فى صورة المخالفة مثلا اذا اشترط المالك على العامل فى عقد المضاربة ان يبيع الا الاكفان فان فى مثل ذلك لا يمكن القول بان غرض المالك من المضاربة ليس الا تحصيل الربح ٠

وثانيا : انه لادليل على اتباع غرض المالك فى العقود و الايقاعات ما لم يبرز بمظهر خارجى والا يصح ذلك فى جميع الموارد فيلزم منه تاسيس فقه جديد مثلا اذا وكل احد غيره فى بيع داره لم يجز للوكيل ان يبيع دابة الموكل ايضا بتخيل ان غرض الموكل من التوكيل فى بيع داره ليس الا الاتجار بماله باى وجه اتفق، فذكر الدار انما هو لاجل تخيله ان غير الدار لا تباع بالقيمة المناسبة

وكذلك اذا وكلت المرأة احدا فى تزويجها بالعالم الفلانى لم يجز للوكيل ان يزويجها بعالم آخر افضل منه بتخيل ان غرض المراة انما التزويج بالعالم وان تعيين شخص خاص من جهة عدم التفاتها الى من هو افضل منه والى غير ذلك من الامثلة ٠

وثالثا : ان تطبيق تلك الروايات على القاعدة على الوجه المذكور لا يتم فى جميع الموارد لكون ذلك اخص من المدعى لانه ربما تكون المعاملة مربحة فى صورة المخالفة كما هو مورد الاخبار، ولكنها لا تكون موافقة لغرض المالك كما اذا نهى عن المعاملة مربحة كان ربحها فى كل عشرة اثنان ورخص فى المعاملة مربحة كان

ربحها فى كل عشرة ثمانية فانه عندئذ كيف يمكن الالتزام بصحة المعاملة الادنى بقانون ان غرض المالك من المضاربة هو الاسترباح وان النهى عن معاملة خاصة لاجل الخطا فى التطبيق ، و اذن فلا يمكن تطبيق الروايات على القواعد .

و اما كون الخسران على العامل فى مورد الروايات فليس ذلك من ناحية الاشتراط و الالكان تخلفه موجبا للخيار لاكون الوضيعة على العامل بل هو من قبيل اشتراط كون الوضيعة على العامل فى صورة المخالفة وهذا المعنى وانكان يتفق احياناً كما اتفق فى معاملات عباس عمّ النّبى (ص) و لكن لاكلية له قطعا و من الظاهر ان الامور الاتفاقية لا تكون ضابطة كلية لكى تؤخذ بها فى جميع الموارد و هذا ظاهر لا شك فيه .

فتحصل من جميع ما ذكرناه انه لايمكن حمل النصوص المذكورة على الفضولى مع تقييدها بالاجازة اللاحقة و لاحملها على القواعد بل هى محمولة على التعبد المحض الذى يخالف القواعد و حينئذ فلا يجوز التعدى عن موردها بل يجب الاقتصار عليه .

مع ان ورودها على طبق القاعدة يقتضى ذكر ذلك فى غير باب المضاربة ايضا لان الحركة على طبق غرض المالك لايختص بباب المضاربة بل تجرى فى الوكالة وغيرها ايضا مع انه لم يتفوه به احد بل يقتضى ذلك الاختلاف فى مضمونها مع ان الفقهاء قد افتواعلى طبقها بلا خلاف فى ذلك من احد .

قال العلامة فى القواعد : « ولو امره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها او بابتياع شئ معين ، فابتاع غيره ضمن ولو ربح حينئذ فالربح على شرط » وحكى التصريح بذلك كلّه عن النهاية و الشرايع

والنافع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح وقضية الاطلاق جمع اخر بل حكى الاجماع عن الغنية والسرائر، على أنه يضمن فيما اذا خالف فى السفر وابتياع المعين وعن جامع المقاصد انه لابحث فيه بل نسبه الى الاصحاب بل فى الرياض انه لاخلاف فيه وعن ظاهر جامع المقاصد وموضعين من المسالك ان الربح على الشروط فيما اذا خالف فى هذين الامرين وعن ايضاح النافع ان عليه الفتوى وعن موضع من مجمع البرهان كانه لاخلاف فيه وفى آخر ان الخلاف فيه غير معلوم .

وعلى الجملة انه لاشبهة ولاخلاف فى حمل الروايات المتقدمه على التعبد المحض وتفصيل الكلام فى محله .

ثم ان شيخنا الاستاذ بعد ما حكم بصحة المعاملة التى فيها ربح ودخولها تحت المضاربة وخروجها عنها فى صورة الخسران قال (ثم ان كون الوضيعة عليه مع ان فى صورة البطلان لاوضيعة محمول على ما اذا لم يمكن استرداد المبيع فيتحقق الخسران) .

ويرد عليه ان كون الوضيعة على العامل من جهة بطلان العقد وعدم امكان استرداد المبيع ، وان كان ممكنا فى الجملة الا ان هذا لايجرى فى جميع الروايات ، لانه حكم الامام فى بعضها بكون الخسران على العامل بعد فرض صحة المعاملة فيه كما يظهر ذلك لمن يلاحظها .

الوجه السادس : الاخبار الواردة فى الاتجار بمال اليتيم قال المصنف - وهذا نصه - (ومن هذا القبيل اى من قبيل اخبار المضاربة الاخبار الواردة فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم وان

الربح لليتيم فانها ان حملت على صورة اجازة الولى كما هو صريح جماعة تبعا للشهيد الثانى كان من افراد المسألة وان عمل باطلاقها كما عن جماعة ممن تقدمهم خرجت عن مسالة الفضولى لكن يستانس لها بالتقريب المتقدم وربما احتمل دخولها فى المسالة من حيث ان الحكم بالمضى اجازة الهية لاحقة للمعاملة فتامل) ٠

وقال فى البلغة (منها ما ورد مستفيضا وفيه الصحيح والمعتبر فيمن اتجر بمال الطفل لنفسه بغير اذن وليه انه يضمن المال و الربح للطفل او اليتيم والتقريب فيه ما تقدم حرفا بحرف) ٠

ويرد عليه اولا : جميع ما وجهناه على الوجه السابق طابق النعل بالنعل فلا استيناس بشئ منها لصحة بيع الفضولى مع لحوق الاجازة فضلا عن الدلالة عليها ٠

وثانيا : انا لم نعثر على خبر يكون نصا او ظاهرا فى كون المتجر بمال اليتيم هو غير الولى بل الروايات الواردة فى الاتجار بماله كلّها على طائفتين ٠ الطائفة الاولى صريحة فى تجارة نفس الولى بذلك (١) الثالثة (٢) مطلقة وغير مقيدة بالولى ولا بغيره ومن

١ـ عن اسباط بن سالم قال : قلت لابى عبدالله (ع) كان لى اخ هلك فاوصي الى اخ اكبر منى وادخلنى معه فى الوصية وترك ابناله صغيراً وله مال افيضرب به اخى فما كان من فضل سلمه لليتيم وضمن له ماله فقال ان كان لاخيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا باس به وان لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم مجهولة بابن سالم الوسائل باب ٧٥ من ابواب مالكتسب به وعن ابى الربيع قال : سئل ابوعبدالله (ع) عن الرجل يكون فى

←

الظاهر انه لادلالة فى كلتا الطائفتين على ما نحن فيه ولا استيناس بهما لذلك ، اما الطائفة الاولى فلان التجار الولى بمال اليتيم تارة يكون لنفسه بان يستقرض من اليتيم و بتجربه لنفسه بل صرح الامام (ع) بذلك فى رواية الصيقل و مفضل بانه ان كان عندك مال و ضمنته فلك الربح وانت ضامن للمال فان المراد من الضمان فيها هو الضمان القرض فمعنى ضمنته اى اخذته قرضا ولكن الرواية ضعيفة ، واخرى لليتيم و على الاول فالمعاملة فتحصة بالولى فلا حظّ فيها لليتيم بوجه وعليه ، فيكون ربح التجارة له وخسراتها عليه واذن فلا ربط لها بالمعاملة الفضولية بل شأنها شان سائرتجاراته بمال نفسه ٠

←

يده مال لاخ له يتيم وهو وصيه ايصح له ان يعمل به قال نعم يعمل به كما يعمل بمال غيره والربح بينهما قال قلت فهل عليه ضمان قال لا اذا كان ناظرا له٠ مجهولة بابى الربيع الشامى الوافى ج ۱۰ ص ۴۵ والوسائل باب ۲ من تجب عليه الزكاة ٠

۲ـ عن محمد بن مسلم عن ابى عبدالله (ع) فى مال اليتيم قال العامل به ضامن ولليتيم الربح اذا لم يكن للعامل مال وقال ان عطب اداه حسنة بابن ابراهيم وعن ربعى بن عبدالله عن ابى عبدالله (ع) قال فى رجل عنده مال اليتيم وهو ضامن وسائل ـ ابواب نا يكتسب به باب ۷۵ ج ۳ وغيرها من الروايات المذكورة فى باب الزكاة من ئل باب ۲ من ابواب من تجب عليه الزكاة ومن لا تجب عليه ٠

وهذا واضح لاشبهة فيه وعلى هذا تحميل الروايات(١) الدالة على جواز اخذ مال اليتيم مع الضمان والشاهد على هذا الحمل هو ان غير الولى ولو كان مليا لايجوز له الاقتراض من مال اليتيم بدون اذن وليه مع ان المذكور فى هذه الروايات هو الاقتراض بدون اذنه.

على ان بعضها مقيد بخصوص الولى كما يظهر ذلك لمن يلاحظها وعلى الثانى، فلا ربط للمعاملة الفضولى ايضا اذ لو كانت فضولية لاحتاجت الى اذن الولى فتخرج بذلك عن الفضولية، واما اذا كان المتصدى لها هو شخص الولى، فلا تحتاج صحتها الى اذن احد ضرورة ان صحة تصرفات غير الولى متوقفة على اذن الولى فلو كانت صحة تصرفات الولى ايضا متوقفة على اذن غيره فاما يدور او يتسلسل وكلاهما باطل.

نعم يعتبر فى اتجار الولى بمال اليتيم ان يكون مليا اى ذا مال فانه حينئذ يكون الربح لليتيم والخسران ايضا عليه.

اقول لادليل على كون الخسران على الطفل بعد ضعف الطائفة الاولى، واما الطائفة الثانية، فهى ظاهرة فى كون الربح لليتيم و

١ـ عن منصور بن حازم عن ابى عبد الله (ع) فى رجل ولى مال يتيم استقرض منه فقال : ان على بن الحسين (ع) قد كان يستقرض من مال ايتام كانوا فى حجره فلا باس بذلك.

وعن ابى نصر قال سألت ابا الحسن (ع) عن الرجل يكون فى يده مال لايتام فيحتاج اليه فيمد يده فيأخذه وينوى ان يرده فقال لا ينبغى له ان ياكل الا القصد ولا يسرف وان كان عن نيته ان لايرد عليهم فهو بالمنزل الذى قال الله عز وجل ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما.

الوضيعة على التاجر مع عدم الفرق فيها بين الولى و غيره لمكان الاطلاق الا ان يقال ان هذه الطائفة المطلقه مقيدة بالطائفة الثانية و لكنها ضعيفة السند كما ذكرناه فى الحاشية .

و اما اذا كان فقير فيكون الربح عندئذ لليتيم و الخسران على الولى المتجر به كما فى رواية الصيقل وغيرها ، و هذا ايضا غير مربوط بالفضولى لما عرفته قريبا من ان مقتضى صحة المعاملة بالاجازة هو كون النفع لليتيم و الوضيعة عليه ، و مقتضى عدم امضائها هو بطلانها من اصلها و لكن الشارع حكم بكون الربح لليتيم تعبدا ولعل الحكمة فيه هو مراعات حال اليتيم كما سيأتى قريبا الاشارة اليه على ما فى الرواية كما أن الامر كذلك فى اتجار غير الولى بمال اليتيم و سياتى قريبا على ان هذه الطائفة من الروايات ضعيفة السند واما الطائفة الثانية التى تدل على جواز الاتجار بمال اليتيم مطلقا ، فهى ناظرة الى رعاية حال اليتيم و واردة فى مقام التوسعة له و- الامتنان عليه لانه تعالى قد رخص فى الاتجار بماله لاىّ احد مع كون ربح التجارة له و وضيعتها على التاجر و لعل النكتة فى ذلك هو ان لايقرب احد مال اليتيم الا بالتى هى احسن و لا شبهة فى ان هذا حكم تعبدى محض و غير مربوط بالفضولى اصلا و لا تنطبق عليه القواعد ، و لا أن صحة المعاملة المزبورة متوقفة على اجازة الولى لوكان التاجر غيره حتى يتوهم انّها كيف تكون صحيحة مع عدم لحوق الاجازة بها ؟ اذ لوكانت هى فضولية و موقوفة على اجازة الولى لاختصت باليتيم فى صورة الاجازة وكانت الوضيعة عليه و الربح له وكانت باطلة من اصلها فى صورة الرد و على كل

حال فلم يكن وجه لكون الربح لليتيم والوضيعة على التاجر فيعلم من ذلك كله ان الروايات محمولة على التعبد الصرف .

وقد يقال : ان كون الاتجار بمال اليتيم فضوليا لا يستلزم التوقف على اجازة الولى بل يمكن ان يكون ذلك فضوليا ومجازا من قبل الله تعالى وقد وصلت الينا هذه الاجازة بواسطة سفرائه الكرام .

وعليه ، فتحمل الروايات المتقدمة على هذه الناحية .

ويرد عليه أن ادخال التجارة بمال اليتيم فى الفضولية بالاجازة الالهية يوجب خروجها عن ذلك جزما ، ضرورة ان تلك الاجازة موجودة حال العقد لا انها تلحق به لكى توجب اندراج مورد الروايات فى عقد الفضولى ولعله لاجل هذا امر المصنف بالتامل .

وهذا المطلب ظاهراً ينافى لما تقدم من ان الاذن غير الواصل لا يخرج العقد عن الفضولية وان كان الاذن موجودا حال العقد .

فتحصل من جميع ما ذكرناه ان الروايات الواردة فى الاتجار بمال اليتيم اجنبية عما نحن فيه بالكلية .

الوجه السابع : رواية موسى بن اشيم (١) حيث ان الامام

١ـ عن ابى جعفر (ع) فى عبد لقوم ماذون له فى التجارة دفع اليه رجل الف درهم فقال اشترمنها نسمة واعتقها عنّى وحج عنى بالباقى ثم مات صاحب الالف درهم فانطلق العبد فاشترى أباه فاعتقه عن الميت ودفع اليه الباقى فى الحج عن الميت فحج عنه فبلغ ذلك موالى ابيه ومواليه وورثة الميت فاجتمعوا ، فاختصموا جميعا فى الالف درهم فقال : موالى المعتق انما اشتريت اباك بمالنا فقال ابو جعفر (ع) اما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد واما

←

عليه السلام قد اكتفى فى الحكم بتملك العبد بثبوت وقوع الشراء بمال المدعى ومن الظاهر ان اجازة المالك لو لم تكن كافية فى صحة الفضولى لما اكتفى الامام بذلك لان تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص ايضا .

ولا يخفى عليك أن صريح الرواية هو أن المدعى لملكية الاب ثلاث طوائف :

۱- موالى الاب المعتق فانهم يدعون اشتراءه بمالهم .

۲- موالى العبد الماذون ، فانهم يدعون اشتراءه بمالهم .

۳- ورثة الميت فانهم يدعون اشتراءه بمالهم .

وعلى الاول ، فالمعاملة باطلة من اصلها لانا ذكرنا فى محله ان البيع عبارة عن اعتبار التبديل بين المالين فى جهة الاضافة ولا شبهة فى ان هذا المعنى لا يتحقق الا بدخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه بان يفك البايع اضافته القائمة بالمتاع ويجعلها قائمة بالثمن ويفك المشترى اضافته القائمة بالمثمن ويجعلها قائمة بالمتاع لان كلّا من المتعاملين يبدل ماله - عند المبايعة بمال شخص اخر فى جهة الاضافة وعليه ، فاذا باع احد متاعه من غيره صار الدينار ملكا للبايع ولو صار ملكا لشخص آخر لما

← المعتق فهو رد فى الرّق لموالى ابيه واى الفريقين اقام البينة ان العبد اشترى أباه من اموالهم كان لهم رقا ضعيف بابن اشيم الكافى ج ۷ باب النوادر من الوصية ص ۶۲ ويب ج ۲ زيادات الاجارات ص ۱۸۱ والعتق ص ۳۱۸ وزيادات ص ۱۶۸ الوصايا ص ۴۰۱ والوافى ج ۹ باب قضايا غريبة من القضاء ص ۱۶۸ .

صدق عليه مفهوم البيع لان الثمن لم يدخل فى ملك من خرج الثمن عن ملكه كما أنّه لو باع متاعه من نفسه لما صدق عليه عنوان البيع ايضا لعدم تحقق التبديل فى جهة الاضافة مثلا اذا ملك احد ماله لنفسه بازاء ماله الاخر او ملكه لزيد بازاء تمليك زيد ماله لشخص آخر لم يصدق عليه عنوان البيع واذن فلا ربط للرواية على هذا الوجه بالبيع الفضولى بوجه بل نسبته اليها كوضع الحجر فى جنب الانسان ٠

وعلى الثانى فالمعاملة وان كانت صحيحة ولكنها بعيدة عن بيع الفضولى اذ المفروض أن العبد مأذون فى التجارة من قبل مواليه ، فيكون مأذونا فى شراء ابيه وعليه فالرواية ايضا اجنبية عن عقد الفضولى الا أن يقال : أنّ موالى المأذون وان أذنوا له فى التجارة ولكن الظاهران المراد منها هو التجارة التى فيها ربح و شراء العبد أباه ليس منها ، فيكون فضوليا ، فلا تكون الرواية اجنبية عنه فتامل ٠

وعلى الثالث فقد يقال بدخول المعاملة فى العقد الفضولى لان الظاهر من الرواية أن الشراء انما هو بعد موت المورث وانتقال المال الى الورثة وحينئذ فتكون المعاملة فضولية لعدم كون العبد مأذونا فى ذلك من قبلهم ، فتكون مطالبة المبيع اجازة و اذن - فتدل الرواية على صحة بيع الفضولى ، ضرورة أنّه لو لم تكن الاجازة المتأخرة كافية فى صحته لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال واقامة البينة عليه كافيا فى تملك المبيع ولكن كون البيع فضوليا فى هذه الصورة - متوقف على انكار الورثة وصية مورثهم بما فعله العبد المأذون

ودعواهم وكالته فى ذلك من المورّث فانه عندئذ تبطل الوكالة بموت الموكل وتصح المعاملة فضولية لما عرفته من ان الظاهر من الرواية هوكون الشراء بعد موت المورث وهذا المعنى وان كان متينا فى نفسه ولكن يحتمل أن يستند شراء العبد الى اذن الورثة اذ المفروض هوكون المشترى مأذونا فى التجارة ولوكانت لغير مولاه كما هو مقتضى الاطلاق وعلى هذا ، فلا تكون المعاملة فضولية حتى مع انكار الوصية ٠

ودعوى أن هذا مخالف لظاهر الرواية واطلاقها لان الظاهر كون العبد مأذونا فى التجارة لمولاه فقط والا لوقع التعرض له فى الرواية ، دعوى فاسدة لما ذكرناه من ان مقتضى الاطلاق هوكون العبد مأذونا فى مطلق التجارة ويضاف الى ذلك ان الرواية مسوقة لبيان حكم المخاصمة بين المدعين وليس فيها تعرض لهذه الناحية كما لاتعرض فيها لشرائط التجارة ٠

ولايخفى عليك انه بناءً على نقل المصنف فالرواية ظاهرة فى كون الشراء قبل موت الدافع وعليه فلا تكون المعاملة فضولية لانه عندئذ فالرواية ظاهرة بل صريحة فى كون المشترى مأذونا من قبل مولاه ومولا ابيه ومن قبل اب الورثة واذن فتبعد الرواية عن عقد الفضولى ، ولكن المصنف لم ينقل الرواية بعينها والا فلاشبهة فى ظهورها فى كون الشراء بعد موت المورّث ٠

ثم ان شيخنا الاستاد قد استظهر من الرواية ثبوت الوصية بما فعله العبد المأذون واليك لفظ مقرر بحثه ٠

(ان الظاهر من الرواية أن الدافع دفع الالف بعنوان الوصية

فورثته يدّعون الشراء بالالف ليكون ولاء العتق لهم و يؤيد ذلك قوله (ع) اما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد فالورثة لاينكرون الوصية حتى يكون شراء العبد المأذون أباه فضوليا و لا ينافى ذلك قوله(ع) اى الفريقين بعد اقاموا البينة على انه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقا لامكان حمله على لحاظ حال الانقضاء لا التلبس ، و كيف كان فظهور الرواية فى مسألة الفضولى ممنوع فضلا عن الصراحة نعم قابل للحمل عليها فتدبر) .

و يرد عليه اولا : انه ليس فى الرواية ما يدل على صدور الوصية من صاحب المال بل الشراء كان بمال الورثة لان المأذون كان وكيلا من الدافع و تبطل وكالته بموت موكله كما عرفته قريبا نعم ربما يتوهم أن حكم الامام (ع) بمضى الحج يدل على ان الميت قد اوصى به لانه لايصح الحج عن الغير الا بعد الموت و لكنه توهم فاسد لانه تصح النيابة عن الحى فى الحج المستحب كما يظهر ذلك من الروايات (١) العديدة بل فى الحج الواجب ايضا اذا لم يقدر عليه المنوب عنه و تدل عليه الاخبار (٢) الكثيرة و يضاف الى ذلك ان الامام (ع) حكم بسماع دعوى الورثة بعد اقامة البيّنة و من الظاهر انه لو كانت هناك وصية لم يحكم به الامام (ع) .

و ثانيا : أن ورثة صاحب المال يدعون أن المأذون قد اشترى أباه بمالهم و من البين الذى لاريب فيه أن مقتضى هذه

١ـ الوسائل باب ٢١ من ابواب وجوب الحج و شرائطه وباب ٢٥ من ابواب النيابة فى الحج .

٢ـ الوسائل باب ٤٣ من ابواب وجوب الحج و شرائطه .

الدعوى هو ان يكون اباه رقا لاحرا وعليه فلا يكون الغرض من دعواهم هو ثبوت ولاء العتق لهم ٠

وثالثا : ان الحكم بمضى الحج نفى الرواية لا يتفق مع القواعد وسيأتى قريبا ٠

ثم انه نوقش فى الرواية بامور فعمدتها امران ٠

الاول : الحكم بعود العبد الذى اشتراه المأذون رقا لمولاه ومطالبة البينة من الفريقين الاخرين مع الاول يدعى فساد البيع كما عرفته قريبا ، والاخران يدعيان صحة البيع وقد ثبت فى محله أن مدعى الصحة فى باب المعاملات مقدم على مدعى الفساد ٠

وقد يتوهم أن تقديم قول مولى الاب على غيره ليس من قبيل تقديم مدعى الفساد على مدعى الصحة لكى يناقش فيه بما ذكر بل انما هو من جهة الاستصحاب لان الاصل بقاء الاب فى ملك مولاه ٠

ولكنه توهم فاسد اذ لا يجرى الاستصحاب فى المقام لان الظاهر من الرواية هو أن العبد المأذون فى التجارة كان عنده المال من جميع الفرق والخصماء وكان مأذونا فى التجارة لمولاه و مولى ابيه وكان وكيلا ايضا من قبل صاحب المال فى شراء عبد و عتقه وتجهيزه للحج حتى يحج عن الميت ، وعليه ، فينفذ اقرار العبد على جميع الفرق لان من ملك الشئ ملك الاقرار به و من الواضح أن الظاهر من عمله الخارجى هو اعترافه باشتراء ابيه بمال الدافع فيكون عندئذ اعترافه او عمله الخارجى حجة على مولى الاب واذن ، فمقتضى القاعدة هو كون العبد ملكا لصاحب الدراهم فعوده

رقا لمولاه من جهة الاستصحاب مخالف للقاعدة فلايجرى الاستصحاب هنا .

ويرد عليه اولا : أن مدعى الصحة وان كان يقدم على مدعى الفساد فى باب المعاملات الا ان ذلك لايجرى فيما نحن فيه ، لانا ذكرنا فى محله ان السيرة قائمة على صحة العمل فيما اذا احرز اصل وجوده الجامع بين الصحيح والفساد وشك فى صحته وفساده من النواحى الاخر واما اذا شك فى اصل وجود العمل لم تجر اصالة الصحة لكون الشك حينئذ فى تحقق العمل فى الخارج لا فى صحته وفساده بعد احراز وجوده ، بل ذكرنا هناك انها لاتجرى مع عدم احراز قصد العنوان حتى فيما لم يكن العنوان من العناوين القصدية كالطهارة الخبثية مثلا اذا شاهدنا احداً يصب الماء على ثوب تنجس ولكنها لم نحرز انه قصد تطهيره ام لا لم تجر فيه اصالة الصحة و هكذا لكلام فى قاعدة الفراغ فانها لاتجرى مع الشك فى اصل وجود العمل اوفى قصد عنوانه بل انما تجرى مع الشك فى صحته وفساده من ناحية الشرائط او الموانع بعد احراز اصل وجوده .

ولاشبهة فى أن هذه الكبرى لاتنطبق على ما نحن فيه لانه بناء على دعوى مولى الاب لم يتحقق فى الخارج معاملة حقيقية اصلا بل انما تحققت معاملة صورية وعليه فيكون شانها شان سائر المعاملات الصورية كبيع الهازل والساهى والغالط و النائم و اشباهها واذن ، فعود العبد المبتاع رقا لمولاه لايكون مخالفاً لاصالة الصحة لكى يلزم منه تقديم مدعى الصحة على مدعى الفساد .

اما المنع عن جريان الاستصحاب بقاعدة من ملك شيئاً ملك

الاقرار به فلا يرجع الى معنى محصل لان القاعدة المذكورة لم ترد فى آية ولا فى الرواية ولا انعقد عليها اجماع تعبدى لكى يوخذ بها فى جميع الموارد ، بل هى قاعدة خاصة فقهية مختصة بما اذا كان المالك باقيا على حالة الاقرار بالشئ لولا الاقرار به مثلا اذا اقر زيد بكون ما فى يده من المال لبكر فهو باق على مالكيته للمقر به لولا الاقرار ولا شبهة أن ما نحن فيه ليس كذلك بداهة أن العبد المأذون فى التجارة ليس مالكا ـ وقت الاقرار ـ بشراء ابيه بمال الورثة لانهم لم يأذنوا فى ذلك وعليه فلا اعتبار باقراره رأسا

وثانيا : أن العبد الذى اشتراه المأذون واعتقه وجهّزه الحج عن المنوب عنه اما ملك لمواليه اولمولى المأذون او لصاحب المال ، ولا شبهة فى انه لايصح حجه عن الغير على جميع التقادير اما على الاولين فظاهر لانه عبد ، فلا يصح حجه عن الميت بدون اذن مولاه ، وعلى الثالث فالبيع فضولى ومن الظاهر ان العاقد فضولا لايجوز له التصرف فى الثمن ولا فى المثمن بالقبض والاقباض وعليه فكيف يمكن الحكم بصحة المأذون شراء الاب وعتقه عن الميت وارساله الى الحج ليحج عن ذلك الميت ؟ ولاريب فى أن هذا كله مخالف للقواعد الفقهية المسلمة والظاهر انه لاجواب عن هذه المناقشة ولكن الذى يهون الخطب أن الرواية ضعيفة السند وغير منجبرة بعمل الاصحاب لاصغرى لعدم فتوى الاصحاب على طبقها ولاكبرى لانا ذكرنا فى علم الاصول أن عمل المشهور برواية ضعيفة غير جابر لضعف سنده كما أن اعراضهم عن العمل برواية صحيحة لايوجب وهنها بل لابد وان تلاحظ الرواية فى نفسها

فان كانت صحيحة اخذ بها و الا فلا لان ضم غير الحجة الى مثلها لا يوجب الحجية ٠

الوجه الثامن : حسنة الحلبى(١) الواردة فى رجل اشترى ثوبا بلا شرط فكرهه و اقاله البائع بوضيعة جهلا بحرمته ، ثم باعه بازيد من ثمنه فانه يجب عليه أن يرد الزايد الى المشترى الاول فان الحكم برد الزيادة عليه الظاهر فى الاستحقاق مبنى على صحة بيع الفضولى لنفسه مع الاجازة اللاحقة و الا ، فلا شئ للمشترى من الزيادة ، لبطلان البيع اذ لم يكن البايع مأذونا فى بيع الثوب لكى يصح بدون الاجازة وعلى هذا فالرواية منزلة على الغالب من لحوق الاجازة للبيع الواقع بالزيادة على الثمن المطلوب له برد الثوب ليستحق تلك الزيادة فلا باس بدلالتها على ما نحن فيه ٠

و يرد عليه : أن الرواية غريبة عن بيع الفضولى اذ البيع الواقع بالزيادة ليس بفضولى لانه لو كان فضوليا لكان فضوليا من اصله من غير فرق بين وقوعه على ما يساوى الثمن المطلوب له برده و بين الزائد عليه لان معنى الاقالة انما هو انفساخ العقد من اصله و رجوع كل من العوضين الى صاحبه الاول ، وعليه فان تحققت

١ـ عن ابى عبدالله قال : سألته عن رجل اشترى ثوبا ولم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم رده على صاحبه فابى أن يقبله الا بوضيعة قال : لا يصلح له ان يأخذه بوضيعة فان جهل فاخذه و باعه باكثر من ثمنه رد على صاحبه الاول ما زاد ٠ حسنة بابراهيم بن هاشم الكافى ج ٥ باب بيع المتاع و شرائه ص ١٩٥ و يب ج ٢ باب النقد و النسية ص ١٣٣ و الوسائل باب ١٧ من ابواب احكام العقود ٠

الاقالة فى مورد الرواية انفسخ العقد بالمرة و يرجع كل من العوضين الى صاحبه والا فلا ، وحيث ان المفروض فى مورد الرواية هو بقاء الثوب على ملك المشترى لبطلان الاقالة بالوضيعة او الزيادة فلا وجه حينئذ لكون الناقص ملكا للبايع فى فرض الوضيعة و كون الزائد ملكا للمشترى فى فرض الزيادة .

وعلى هذا الضوء لو اخذ البايع المتاع بوضيعة و باعه من شخص آخركان البيع فضوليا من اصله لا بالنسبة الى الزائد على الثمن المطلوب للمشترى وعليه فان اجازه المشترى حكم بصحته والافيحكم بفساده .

و يضاف الى ذلك انه يمكن ان يكون للمشترى غرض خاص من الاستقالة فاذا لم يقبلها البايع حين الاستقالة فاته ذلك الغرض واذن فلا توئثر اقالته بعد مدة طويلة خصوصا مع ترق القيمة السوقية .

هذا كله ما يرجع الى الاستدلال بالرواية على صحة بيع الفضولى واما معناها فهوان المشترى قد اشترى ثوبا ولم يشترط على صاحبه شيئا ، فكرهه ثم رد على صاحبه فأبى أن يقبله الابوضيعة فحكم الامام (ع) بعدم جواز الاقالة بالوضيعة وأما اذا كان المتبايعان جاهلين بذلك فاقالا بالوضيعة فالاقالة ، وان كانت فاسدة واقعا ولكن يستكشف منها أن المشترى قد اذن للبايع فى بيع الثوب سواء أكان اقل من الثمن الاول ام كان مساويا له ام زائدا عليه غاية الامر أنه اعطائه للبايع بعنوان الاقالة مع الجهل ببطلانها مع الوضيعة فباعه البايع لنفسه متخيلا انه ملكه ، فتكون ذلك من قبيل الخطا فى التطبيق .

ودعوى أن البايع لم يقصد كون البيع للمشترى فيبطل من هذه الناحية ، دعوى فاسدة لما ذكرناه فى الجزء الثالث أن حقيقة البيع انما هى اعتبار تبديل شئ بشئ فى جهة الاضافة واظهاره بمظهر خارجى من اللفظ وغيره ولاشبهة فى تحقق هذا المعنى بدخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه وبالعكس بلا احتياج الى تعيين مالك الثمن او تعيين مالك المثمن اذ لم يقم عليه دليل عقلى اونقلى وعليه فتعيين العوض والقصد اليه يغنى عن تعيين المالك والقصد اليه ولايفرق فى ذلك بين صدور العقد من نفس المالك أو من غيره .

وبتعبير آخر : ان أقتران العقد بالرضا وان لم يخرج العقد عن الفضولية كما عرفت آنفا ولكن وجود الاذن السابق على العقد يخرجه عن الفضولية ولاشبهة فى وجوده فى مورد الرواية للقرينة عليها منها وهى : أن الرواية قد دلت مطابقة على أن المشترى قد اذن لشخص البايع فى اخذ الثوب بالوضيعة و دلت بالدلالة الالتزامية على جواز الاخذ لغير البايع ايضا اذ لافارق بينهما فى ذلك جزما بل قد يكون بيعه من غير البايع اولى وارضى لان المشترى لما رضى ردّه على البائع بوضيعة رضى بيعه من غيره باكثر من ثمنه الاول بالاولوية القطعية والمفروض فى مورد الرواية أن البايع قد باع الثوب باكثر من ثمنه ، فيكون هذا البيع مرضيا للمشترى قطعا .

فتحصل أن الرواية غير مربوط بالبيع الفضولى بوجه .

ثم احتمل شيخنا الاستاذ ثانيا بانه : (يحتمل أن يكون البايع قد اشتراه من المشترى ثانيا ، فيكون ردّ الزائد استحبابيا و يشهد

لهذا قوله (ع) (صاحبه الاول) فان التعبير بصاحبه الاول لا يناسب مع كون الثوب ملكا للمشترى فعلا) .

والظاهر أن منشأ هذا الاحتمال انما هو ارجاع الضمير فى كلمة (صاحبه) الى لفظ (الثوب) ، فيكون معنى الرواية حينئذ ان البايع يرد الزائد الى صاحب الثوب ، وعليه فتدل الرواية على ان من اشترى شيئا بثمن ثم باعه باذيد منه فيستحب له أن يرد الزائد على المالك الاول .

ولكن يتوجه عليه اولا أن الظاهر من سياق الرواية هو رجوع الضمير الى لفظ صاحبه الذى ذكر فى السؤال مرتين و اريد منه البايع والمراد من لفظ صاحبه الذى فى الجواب هو المشترى و- عليه فمعنى الرواية هو ان البايع يرد الزائد على رفيقه وقرينه الذى هو المشترى .

وثانيا : أن الثوب لو كان للبايع من ناحية البيع الثانى لم يبق مجال لقوله (ع) (لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة فان جهل فاخذه فباعه باكثر من ثمنه يرد على صاحبه الاول ما زاد) ، اذا - المفروض أن الثوب ملك للبايع وقد اشتراه من المشترى الاول ثانيا باقل من الثمن الذى باعه منه اولا ولا شبهة فى صحة هذه المعاملة لانها ليست باقالة ، لكى لا تجوز بالوضيعة مع العلم و يرد الزائد لو اخذه جهلا و باعه بازيد من الثمن الاول .

وثالثا : أن ارجاع الضمير الى الثوب لا يرفع اللغوية بل يستلزمها اذ بناءً على هذا الاحتمال فالثوب له مالكان احدهما المشترى الاول ، وثانيهما البايع ، وحيث انه لا معنى لرد البايع ماله على

نفسه ، فيكون ذلك قرينة على ان المراد من قوله (ع) و يرد على صاحبه هو المشترى و حينئذ فلا يبقى مجال لتوصيف ذلك بلفظ الاول والا فيكون لغوا واما اذا ارجعنا الضمير الى لفظ صاحبه المذكور فى السوءال و اريد منه البايع فانه حينئذ لاتلزم اللغوية،لان الثوب له صاحبان الصاحب الاول ، و هو الذى اشترى الثوب من البايع اولا و الصاحب الثانى و هو الذى اشترى الثوب منه ثانيا ، فاذا قيد لفظ صاحبه بكلمة الاول اريد منه المشترى الاول و عليه فتكون هذه الجملة قرينة على ما ذكرناه لا على ما ذكره شيخنا الاستاذ .

الوجه التاسع : رواية (١) عبدالرحمان بن أبى عبدالله قال سألت أباعبدالله (ع) عن السمسار ايشترى بالاجر فيدفع اليه الورق و يشترط عليه انك ان تأتى بما تشترى فما شئت اخذته و ما شئت تركته فيذهب فيشترى ثم يأتى بالمتاع فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال : لاباس وقد جعلها المصنف مويدة لصحة بيع الفضولى وحاصل كلامه أن فى الرواية احتمالات شتى :

الاول : أن يراد من الشراء شراء السمسار لنفسه ، فيكون اخذ الورق من صاحبه حينئذ بعنوان القرض لكى يبيع منه من الامتعة ما يرضى به و يوفيه دينه ولاينافيه قول السائل و يشترط عليه ان تات بما تشترى فما شئت اخذته و ما شئت تركته لان ذلك لا يزيد

١ـ الكافى ج ٥ من ط ٢ ص ١٩٦ التهذيب ج ٢ ص ١٣٣ والفقيه والوسائل باب ٢٠ من ابواب احكام العقود حديث ٢ .

على الوعد فلا دلالة فيه على كون البيع لصاحب الورق كما أنه لا ينافيه توصيف لفظ السمسار بلفظ بالاجر و فرضه في الرواية ممن يشترى به فان التوصيف المزبور انما هو بلحاظ اصل حرفته و صناعته لا بملاحظة هذه القضية الشخصية و حينئذ فيكون القيد توضيحيا لا احترازيا .

الثاني : أن يكون الشراء لصاحب الورق بان يكون الدلال وكيلا عنه في ذلك الشراء و لكنه يجعل لنفسه الخيار على بايع الامتعة بتوسط السمسار بأن يلتزم بالبيع فيما يرضى به و يفسخه فيما يكرهه .

الثالث : ان يكون الشراء ايضا لصاحب الورق ولكن لا يكون السمسار مأذونا من قبله في ذلك بل يكون البيع فضوليا و لا ينافيه دفع الورق الى الدلال لان دفعه اليه لا يعد اذنا في الشراء ولا توكيلا فيه اذ يمكن ان يكون ذلك لمجرد تمكين الدلال من الشراء او يكون ذلك بعنوان الامانة او حصول الاطمينان للدلال بوصول ثمن ما يشتريه منه اليه و اما فائدة الشرط عليه من اخذ ما يريده و ترك ما يكرهه عدم مطالبة الاجر منه على عمله او حذرا من ابائه و امتناعه عن ذلك .

وعلى هذا فيكون صاحب الورق مخيرا بين الرد والامضاء فاذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه كلها فترك الاستفصال مع الاجمال في السؤال يقتضي بعموم الحكم لجميع المحتملات التي منها ـ احتمال كون الشراء فضوليا .

و يرد عليه : أن ترك الاستفصال انما يفيد العموم اذا كان

مورد السوءال ذا شقوق شتى فاجاب عنها الامام (ع) بجواب واحد بلا استفصال بينها فذلك يكشف عن اتحاد جميع تلك الشقوق فى الحكم والا فيلزم منه الاغراء بالجهل واما اذا لم يكن السوءال ذا شقوق شتى بل كان الجواب محتملا لها ، فلا وجه لكشف العموم عن ترك الاستفصال وهذا ظاهر لاخفاء فيه ٠

ويضاف الى ذلك أن الرواية ظاهرة فى الاحتمال الثانى و أن الشراء انما هو باذن صاحب الورق غاية الامر انه جعل لنفسه الخيار على صاحب المتاع وقد عرفته آنفا واذن فلا اشعار فى الرواية بصحة بيع الفضولى فضلا عن دلالتها عليها او تأييدها لها ٠

وهنا احتمال آخر ذكر المحقق صاحب البلغة وجعله اظهر الاحتملات وهو وقوع الاشتراء بالمساومة واطلاقه عليه اطلاق شائع او مجاز بالمشارفة ويكون دفع الورق لطمأنينة السمسار وهو كثير الوقوع سيما مع الدلال والسمسار انتهى ٠

وهذا الاحتمال ايضا لاباس به على ان الرواية غير نقية السند ٠

الوجه العاشر : ما ورد فى استرباح الودعى الجاحد للوديعة من ردها بربحها الى المالك المودع فعن مسمع أبى سيار قال : قلت لابى عبدالله (ع) انى كنت استودعت رجلا مالا ، فجحدنيه و حلف لى عليه ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته اياه ، فقال هذا مالك فخذه وهذه أربعة الاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك واجعلنى فى حل فاخذت المال منه و ابيت أن آخذ الربح واوقفت المال الذى كنت استودعته واتيت حتى

استطلع رأيك فما ترى ؟ قال : فقال : خذ الربح واعطه النصف واحله ان هذا رجل تائب والله يحب التوابين والرواية(۱) ضعيفة بالحسن بن عمارة ٠

وجه الاستدلال هو ان اخذ الربح الظاهر فى الاستحقاق لايصح الاعلى صحة بيع الفضولى مع الاجازة اللاحقة والا فلا شئ للمالك من الربح فكان الرواية منزلة على الغالب من لحوق الاجازة من المالك عند ظهور الربح ليستحق الربح ٠

وفيه اولا : أن الرواية ضعيفة السند كما مر فلايمكن الاستناد اليها فى الحكم الشرعى ٠

وثانيا : أن الاستدلال بها على ما نحن فيه يتوقف على وقوع المعاملة على عين الوديعة اما بنحو المعاطاة او بالعقد اللفظى ولكن لاقرينة فى الرواية على ذلك ٠

الوجه الحادى عشر : ما ورد من التصدق بمجهول المالك واللقطة من أنه اذ ارضى المالك بعد ظهوره كان له والا ضمنه المتصدق ٠

وفيه : أنه لاشبهة فى صحة التصدق هناك للاذن الشرعى وان لم يرض به المالك وانما الرضاء يؤثر فى عدم الضمان تعبداً كما أن عدمه يؤثر فى عدمه كذلك ٠

واما ما ورد من نفوذ الوصية بما زاد عن الثلث من نفوذها باجازة الورثة ، فايضا غير مربوط بالبيع الفضولى وانما الاجازة هناك

۱ـ الوسائل باب ۱۰ من الوديعة والوافى ج ۱۰ ص ۱۱۹ و التهذيب ج ۲ ص ۱۶۷ والفقيه ٠

شرط فى نفوذ تصرف الميت لنفسه فهذا ظاهر٠

هذه هى الوجوه التى استدل بها على صحة بيع الفضولى وقد اتضح لك مما تلوناه عليك انه لايتم شئ منها وانما العمدة هى العمومات والمطلقات وسيتضح لك قريبا بطلان ما استدل به على فساد بيع الفضولى وانه لايصلح لتخصيص العمومات وتقييد المطلقات واذن ، فالحكم بصحة بيع الفضولى انما هو من ناحية العمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود ولزومها على النحو الذى عرفته سابقا ٠

وقد استدل على بطلان بيع الفضولى وعدم صحته بالاجازة اللاحقة بوجوه عديدة من الادلة الاربعة اما الكتاب فقوله تعالى ﴿لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض﴾ و وجه الاستدلال بها على المقصود بوجهين ٠

الاول انها قد دلت على انحصار اكل مال الناس بالتجارة عن تراض فالمعنى أنه لايتصرف بعضكم فى اموال بعضكم الآخر بوجه من الوجوه فانه باطل الا بوجه التجارة عن تراض فانه جائز ولاشبهة فى انه لولم يقصد هذا المعنى لزم الاجمال و قلة الارتباط بين المستثنى والمستثنى منه ومن الظاهر ان بيع الفضولى ليس تجارة عن تراض فيكون اكل المال به اكلاله بالباطل ٠

ودعوى أن لحوق الاجازة به يدرجه فى التجارة عن تراض ، دعوى فاسدة لانه لم يكن حين العقد مصداقا لها فالتحاق الاجازة بها لايجعله مصداقا لها ٠

الوجه الثانى : سياق التحديد فان كل وصف ورد فى مقام

التحديد يدل على اختصاص الحكم بمورد الوصف وان لم نقل بمفهوم الوصف فان البحث عن ذلك انما هو فى ورود الوصف في غير مورد التحديد والا فلا شبهة فى ثبوت مفهومه ومن الظاهر ان قيد التراضى وصف ورد فى مورد التحديد فيدل على انحصار جوازالاكل بموردالقيد فقط .

اما الوجه الاول فقد ناقش فيه المصنف بأن دلالة الاية على الحصر متوقفه على كون الاستثناء متصلا مع انه منقطع اذلا يصح استثناء التجارة الصحيحة من التجارة الفاسدة ، فلا يستفاد حصراكل المال بالتجارة عن تراض لكى يستفاد منه بطلان بيع الفضولى .

وفيه اولا : أن الاستثناء المنقطع من اوضح الاغلاط اذلا يصح أن يقال ما رايت عالما الا الجاهل وما اتجرت تجارة فاسدة الا تجارة صحيحة فانهما واشباههما من الاغلاط الواضحه التى لاتصدر من الاخصائين فى الفصاحة والمدربين فى البلاغة بل هى لا تصدر ممن دونهم ولا توجد فى كلماتهم فضلا عن صدورها من الله العظيم ووجوده فى كتابه الكريم الذى نزل بعنوان الاعجاز و التحدى حيث طلب النبى (ص) من جميع البشر و الامم أن يأتوا بمثله فعجزوا عن ذلك ثم تنزل عن هذه الدعوى وتحداهم الى الايتان بعشر سور مثله مفتريات فلم يتمكنوا منه ايضا ثم تنزل عن ذلك وطالبهم أن يأتوا بسورة واحدة مثله وامرهم ان يدعوا شهدائهم و يصرخوا ليستنصروا منهم و يستعينوا بهم و لكن لم تنفعهم صارختهم و استغاثتهم واستعانتهم ثم عجزهم بقوله عزّ من قائل ولئن اجتمعت الجن و الانس الخ فما كانوا مقرنين و مع ذلك كله كيف يرض المصنف بوجود

الغلط فى مثل هذا الكتاب الذى لايأيته الباطل من بين يديه، تعالى كلامه عزوجل عن ذلك علوا كبيرا واذن فليس الاستثناء الاقسما واحدا وهو الاستثناء المتصل وعليه فالاستثناء فى الآية ـ الشريفة استثناء متصل ولوكان ذلك بالعناية ٠

وثانيا : لو سلمنا كون الاستثناء على قسمين ولكن الموجود فى آية التجارة عن تراض استثناء متصل وذلك لان الالفاظ المذكوره ليست الا الاكل والاموال والباطل والتجارة والتراض اما اللفظ الاخر فهو المستثنى واما البواقى فلايصلح شئ منها لان يكون مستثنى منه وهذا ظاهر ٠

واذن فلا مناص الا عن تقديره فى الكلام وقد ذكرنا غير مرة ان دخول الباء السببية على كلمة الباطل ومقابلتها فى الآية مع التجارة عن تراض قرينتان على كون الآية ناظرة الى فصل الاسباب الصحيحة للمعاملة عن الاسباب الباطلة كما أن المراد من الاكل ليس معناه الحقيقى اعنى به الازدراد بل هو كناية عن تملك مال الناس من غير استحقاق ، واذن فيكون المستثنى منه محذوفا فى الآية المباركة وهو أسباب التجارة ، وقد حذف واقيم لفظ بالباطل مقامه ونظير ذلك كثير فى القرآن وغيره ومن ذلك قوله تعالى و ان تكفروا فان الله غنى عن العالمين ، حيث حذف الجزاء واقيمت العلة مقامه وحينئذ ، فمفاد الآية المباركة انه لاتتملكوا اموالكم بينكم بشئ من الاسباب الا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض فان التملك بغير هذا السبب باطل وعليه فتدل الاية على حصرالاسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض فيكون الاستثناء فيها متصلا ٠

ومن هنا ظهر ما فى كلام المحقق الايروانى من أن الاستثناء منقطع حتى مع قطع النظر عن قيد بالباطل لان المراد من لا تاكلوا لا تاكلوا اموال الغير و بعد التجارة عن تراض ليس الاكل اكلا لمال الغير.

و ثالثا : لو سلمنا كون الاستثناء فى الآية منقطعا وسوق الآية بحسب ظهورها البدوى الى بيان القاعدة الكلية لكل واحد من اكل المال بالباطل و التجارة عن تراض و تظهر ثمرة ذلك فيما لا يعد فى نظر العرف من التجارة عن تراض ولا من الاسباب الباطلة فيكون مجملا ولكنه تعالى حيث كان بصدد بيان الاسباب المشروعة للمعاملات و تمييز صحيحها عن فاسدها وكان الاهمال مخلا بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من القرينة المقامية و تحصل أن الآية ـ المباركة موقة لبيان حصر الاسباب الصحيحة بالتجارة عن تراض سواء أكان الاستثناء متصلا ام كان منقطعا ، فدلالة الآية على مفهوم الحصر مما لا ريب فيه و هو بطلان التجارة عن غير تراض و منها البيع الفضولى

اما الوجه الثانى ، فقد ناقش فيه المصنف : بان سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد مع تسليمه انما يثبت فيما اذا لم يرد الوصف مورد الغالب والا فلا مفهوم له و من الواضح ان الوصف فى الآية الشريفة قد ورد مورد الغالب كما فى قوله تعالى ﴿ و ربائبكم اللاتى فى حجوركم ﴾ لا للاحتراز لكى يكون له مفهوم و يضاف الى ذلك احتمال أن يكون عن تراض خبرا ، ثانيا لتكون بناء على نصب تجارة كما هو المنقول عن قراءة الكوفيين ، لاقيدا للتجارة وحينئذ فيلزم وقوع الاكل و التصرف بعد التراضى سواء تقدم على

التجارة ام تاخرعنها اذا المعنى حينئذ الا أن يكون سبب الاكل تجارة و يكون عن تراض انتهى ملخص كلامه ٠

و يتوجه على الوجه الاول ، أنه لاشبهة فى ثبوت مفهوم الوصف و الا لكان القيد لغوا و لكن فائدة القيد ليست انتفاء الحكم عند انتفائه بل فائدته انما هى الدلالة على عدم ثبوت الحكم للطبيعة السارية مثلا اذا قال المولى لعبده أكرم العالم ليس معناه اثبات وجوب الاكرام للعالم و نفيه عن غيره ، بل معناه انما هو ثبوت وجوب الاكرام للانسان العالم لا لطبيعة الانسان واضف الى ذلك انا لو سلمنا عدم دلالة الوصف على المفهوم و لكن ذلك فيما لا قرينة على انتفاء الحكم عند انتفاء القيد و الا فلا شبهة فى ثبوته كما اذا ذكر الوصف فى مقام التحديد لان وقوعه فى مقام التحديد قرينة مقامية على اختصاص الحكم بمورد الوصف ولو قلنا بعدم ثبوت المفهوم له ٠

و الوجه فى ذلك هو أن الحد لابد و أن يكون جامعا للافراد و مانعا عن الاغيار و من الظاهر أنه لو لم يكن مفهوم للوصف لماكان كذلك و من هذا القبيل قوله عليه السلام اكرمن الماء ا فى جواب السائل عن الماء الذى لاينجسه (١) شئ ، فان الامام (ع) ذكره فى مقام تحديد الماء الذى لاينفعل فيدل على انتفاء الحكم عند انتفاء القيد و ذكر التراض فى الآية الكريمة من القبيل المذكور لما عرفته آنفا من انها متوجة الى فصل الاسباب الصحيحة للمعاملة عن الاسباب الباطلة لها و حصر اسبابها الصحيحة بالتجارة عن تراض و

---

١ ـ الوسائل باب ٩ من ابواب الماء المطلق ٠

اذن فلا شبهة فى قيام القرينة على كون قيد التراض مسوقا الى تحديد الاسباب الصحيحة للتجارة وحصرها بالتجارة عن تراض ·

ويتوجه على الوجه الثانى ، انه لا يفرق فى دلالة الآية على اعتبار التراضى فى التجارة وتقييدها به بين كون لفظ عن تراض قيداً للتجارة وبين كونه خبر ثانيا لتكون ، فانه على كل تقدير تدل الآية الشريفة على بطلان التجارة غير الناشئة من الرضا وطيب النفس ·

نعم اذا كان لفظ عن تراض خبرا بعد خبر لتكون خرج ذلك عن دائرة مفهوم الوصف اذ المفروض أن التجارة حينئذ لم تتصف بالتراضى ولكن ذلك لا يمنع عن دلالة الآية على اعتبار الرضاء فى أسباب النقل والانتقال على النحو الذى ذكرناه ·

على ان احتمال كون عن تراض خبرا ثانيا لتكون بعيد فى نفسه ومخالف لظاهر الآية ·

ومن هنا ظهر الجواب عما ذكره المحقق صاحب المقابيس من انه يمكن ان يكون التقدير على كلتا القرائتين الا (أن تكون تجارة كاملة عن تراض او ممضاة عن تراض فيندرج عقد الفضولى فى الآية لان كماله وامضائه بالاجازة وهذا نظير ما حكى فى المجمع عن مذهب الامامية والشافعيه وعن غيرهم من ان معنى التراضى - بالتجارة امضاء البيع بالتفرق او التخاير بعد العقد) فان هذا ايضا بعيد عن ظاهر الآية والتزام بالتقدير بلا ملزم ·

والتحقيق فى الجواب عن الاستدلال بالآية على بطلان بيع الفضولى ما اشار اليه المحقق صاحب المقابيس وتبعه المصنف من

أن الخطاب فى الآية الشريفة لملاك الاموال فيشترط وقوعها اى التجارة برضاهم ومن البين الذى لاريب فيه أن التجارة الصادرة من الفضولى لايطلق عليها انه تجارة المالك الا بعد اجازته فاذا اجازها صارت تجارة عن تراض .

و بتعبير آخرانا ذكرنا مرارا أن حقيقة البيع و التجارة ليست انشاء خالصا و الا لصدق مفهوم البيع على بيع الهازل و الساهى و اشباههما ، ولا أنها عبارة عن الاعتبار النفسانى المحض والا لصدق مفهوم البيع على الاعتبار النفسانى الصرف من دون اظهاره بمظهر خارجى ، بل حقيقة البيع و التجارة هى الاعتبار النفسانى المظهر بمظهر خارجى وعليه فلو اعتبر احد فى افق نفسه تبديل ماله بمال غيره و اظهره بمظهر خارجى صدق عليه مفهوم البيع و التجارة .

و من البديهى أن هذا المعنى لايصدر الا من المالك او ممن هو بمنزلته كالوكيل و نحوه و اما بيع الفضولى قبل اجازة المالك ، فهو ليس ببيع حقيقة بل صورة بيع الفضولى فلم يصدر منه الا الانشاء والصيغة ولاشبهة فى انه لايطلق البيع و التجارة على الانشاء المحض كما عرفته ولايقال أن الفضولى قد اتجر بالمال الفلانى وباعه بمجرد اجراء الصيغة ، الا بالعناية و المجاز فاذا اجازه المالك كان بيعا و تجارة حقيئقة للمالك لا للفضولى ، فالبيع الفضولى بما انه بيع فضولى خارج عن الآية وعن سائر العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و لزومها خروجاً تخصصيا فلا دلالة فى الآية لا على صحته ولا على فساده و بما أنه مجاز للمالك فتشمله الآية و بقية العمومات ولاتنافى بين خروج بيع الفضولى عنها قبل الاجازة و بين

اتصافه بالصحة التاهلية ·

و يمكن الجواب عن ذلك ، بأن الآية قد دلت على كون المدار على وقوع التجارة عن رضاء المتعاقدين ، فتشمل جميع اقسامها و خرج من ذلك المتعاقدان الّذان لم يأذن لهما المالك ولا اجاز عقدهما و بقى الباقى ·

وكيف كان فلا دلالة فى الآية على بطلان بيع الفضولى ·

و اما السنة فهى اخبار كثيرة ، منها النبوى المروى مستفيضا من الخاصة والعامة وهو قوله (ص) لاتبع ما ليس عندك (۱) ووجه

۱ـ عن سليمان بن صالح عن الصادق (ع) نهى رسول الله (ص) عن بيع ماليس عندك ضعيف بسليمان بن صالح وعن الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه فى مناهى النبى (ص) قال و نهى عن بيع ما ليس عندك ضعيف بشعيب بن واقد وغيره الوسائل باب ۷ من ابواب احكام العقود وعن حكم بن حزام قال : قلت يا رسول الله (ص) يا تينى رجل يسألنى البيع ليس عندى ما ابيعه ثم ابيعه من السوق فقال : لاتبع ما ليس عندك وعنه فى رواية اخرى قال قلت : يا رسول الله (ص) الرجل يسألنى البيع و ليس عندى افا بيعه ؟ قال لاتبع ما ليس عندك وعنه فى رواية اخرى قال قلت يا رسول الله انى اشترى بيوعا فما يحل لى منها و ما يحرم على ؟ قال فاذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه وعنه ايضا عن رسول الله (ص) لاتبع طعاما حتى تشتريه و تستوفيه سنن احمد ج (۳) المطبوع بمصر و بها مشه منتخب كنزل العمال ص ۴۰۲ و عن منصور بن حازم عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) قال قال رسول الله (ص) لاعتق قبل ملك وعن ابن علوان عن الصادق (ع) عن ابيه (ع) قال قال لاطلاق لمن لاينكح ولا عتاق لمن لايملك بحار ج ۲۳ ص ۱۳۹ و ۱۴۱ عن الصفار انه كتب الى ابى محمد الحسن العسكرى (ع)

←

الاستدلال به على فساد بيع الفضولى هو ان النهى فيه ارشاد الى عدم نفوذ البيع لانا ذكرنا مراراً أن النهى عن معاملة ارشاد الى بطلانها والمراد من عدم حضور المبيع عند البايع هو عدم تسلطه على تسليمه لعدم كونه مملوكا له ، فيكون ذلك من قبيل ذكر الملزوم وارادة اللازم وعليه فيدل النبوى المزبور على بطلان بيع مال الغير سواء أباعه البايع لنفسه ام باعه لمالكه وعليه فشأن النبوى شأن قوله (ع) لاطلاق الا فيما يملك ولاعتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك بناءً على قراءة لفظ (يملك) بصيغة الفاعل كما هو الظاهر من السياق حيث ان الطلاق قبل النكاح بنفسه غير معقول لانه ازالة علقة الزوجية فقبل تحققها لايتوجه القصد الى ازالتها وكذلك العتق و عليه فالمراد من الرواية هو طلاق زوجة الغير وعتق مملوكه و بيع

فى رجل له قطاع ارضين فيحضره الخروج الى مكة والقرية بمراحل من منزله فوقع (ع) لايجوز بيع ما ليس بملك وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك الوسائل باب ٢ من ابواب عقد البيع وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى (ص) أنه قال لاطلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك الخلاف ج (١) مسألة ٢٧٥ ص ٢٢٢ ورواه فى المستدرك ج ٢ ص ۴٦٠ بأدنى تفاوت كافى وعن أبى بصير عن ابى عبدالله (ع) قال كان الذين من قبلنا يقولون لاعتاق الا بعد ما يملك الرجل وعن محمد بن قيس عن أبى جعفر (ع) فقال لايطلق الا ما يملك ولايعتق الا ما يملك ولا يتصدق الا بما يملك وعن الحلبى عن أبى عبدالله (ع) لاطلاق الا بعد نكاح ولاعتق الا بعد ملك الوافى ج ١٢ باب ١٦۴ من ابواب الطلاق ص ١٥٦ .

ماله فضولا ، فالمعنى أنه لابيع الا فيما يملكه البائع قبل العقد و هذا موافق للاخبار المستفيضة الدالة على عدم وقوع الطلاق والعتاق الا بعد الملك وقد ذكرناها فى الحاشية ٠

واما بناءً على قرائته بصيغة المفعول ـ كما توهم ـ فالرواية خارجة عن المقام بل هى ناظرة الى المنع عن بيع ما ليس يملك كبيع السمك فى الماء والطير فى الهواء وكبيع الخمر والخنيز وكلب الهراش وطلاق الاجنبية وعتاق الحز ٠

ويتوجه عليه اولا : ان النبوى المزبور غير نقى السند ولانه منجبر بشئ فلا يمكن الاستدلال به فى المقام ٠

وثانيا : أن المراد من الموصول من قوله (ص) «لا تبع ما ليس عندك»، انما هو بيع العين الشخصية عن نفسه ثم يشتريها البايع من مالكها ويسلمها الى المشترى وذلك لقيام الاجماع و الضرورة على بيع الكلى فى الذمة عن نفسه سلفا أوحالا والشاهد على ذلك من الرواية ما ذكره فى التذكرة من ان النبى(ص) ذكر هذا الكلام جوابا لحكيم بن حزام حين سأله عن أن يبيع الشئ ثم يمضى ويشتريه ويسلمه وعليه فيختص النبوى بالبيع الشخصى و لكن قد اخطأ العامة فى تطبيقه على بيع الكلى فى الذمة حالا ٠

وثالثا : انا لو سلمنا الجمود فى ظاهر الموصول وارادة المنع عن بيع ما لم يكن فى يد البايع سواء أكان مملوكا له ام لا و سواء أكان كليا فى الذمة أم كان جزئيا خارجيا وسواء أكان مقدورالتسليم ام لا ، ولكن لابد من تخصيصه بالنصوص (۱) الظاهرة فى جواز بيع

←

الكلى الذى ليس عنده المعبرة عن كون المنع عنه مذهب العامة حيث ناقضهم الامام (ع) ببيع السلف وأن صاحبه باع ما ليس عنده وعليه فيكون المراد من النبوى بعد تقييده ما هو المراد من الروايات (١) المانعة عن بيع العين الشخصية قبل تملكها ومن هنا

←

١ـ عن عبدالرحمان بن الحجاج قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشترى الطعام من الرجل ليس عنده فيشترى منه حالا قال ليس به بأس قلت انهم يفسدونه عندنا قال وأىّ شئ يقولون فى السلم قلت لا يرون به بأسا يقولون هذا الى أجل فاذا كان الى غير اجل وليس عند صاحبه فلا يصلح فقال فاذا لم يكن الى اجل كان اجود (احق به) ثم قال لا باس بان يشترى الطعام وليس هو عند صاحبه حالا والى اجل فقال لا يسمى له اجلا الا ان يكون بيعا لا يوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه فى غير زمانه فلا ينبغى شراء ذلك حالا صحيح وعنه قال قلت لابى عبد الله (ع) الرجل يجيئنى يطلب المتاع فاقاله على ثم اشتريه فابيعه منه فقال اليس انشاء أخذ وان شاء ترك قلت بلى قال فلا بأس قلت فان من عندنا يفسده ٠٠٠ ان أبى كان يقول لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه حسنة بابراهيم بن هاشم وعن ابى الصباح الكنانى عن الصادق (ع) فى رجل اشترى من رجل مأة من صفرا بكذا وكذا وليس عنده ما اشترى منه قال لا بأس به اذا وفاه الذى اشترط عليه ورواه ـ بسند آخر فى باب ٥ من أبواب السلف الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود وعن هشام بن سالم عن ابى عبدالله (ع) قال سأل عن رجل باع بيعا ليس عنده الى اجل وضمن البيع قال لا بأس به صحيح الوسائل باب ٥ من ابواب السلف ٠

١ـ عن خالد بن الحجاج قال قلت لابى عبدالله (ع) الرجل يجيئ فيقول اشتر هذا الثوب اربحك كذا وكذا قال أليس انشاء ترك وان شاء أخذ ؟ قلت بلى قال لا بأس به انما يحلل الكلام و يحرم الكلام ، مجهول بيحيى وعن معاوية بن عمار قال قلت لابى عبد الله (ع) يجيئنى

←

اتضح لك أن المنع عن بيع ما ليس عند البايع مطلقا سواء أكان المبيع كليا ام كان شخصيا انما هو مذهب العامة(١) واذن فلا وجه لماذكره شيخنا الاستاذ من ان بيع الكلى سلفا او حالا جائز باتفاق الفريقين فان هذا الكلام اما سهو من لسان شيخنا الاستاذ او من قلم مقرر بحثه وانما العصمة لاهلها ٠

ورابعا : أن نهى المخاطب عن بيع ما ليس عنده دليل

الرجل يطلب منى بيع الحرير وليس عندى منه شئ فيقاولن عليه ثم اذهب فاشترى له الحرير فأدعوه اليه فقال ارأيت أن وجد بيعا هو احب اليه مما عندك ايستطيع ان ينصرف اليه وتدعه ؟ قلت : نعم قال فلابأس صحيح وعن منصور بن حازم قال سألت ابا عبد الله(ع) عن رجل طلب عن رجل ثوبا بعينة قال ليس عندى هذه دراهم فخذها فاشتريها فاخذها فاشترى بها ثوبا كما يريد ثم جاء به ايشتريه منه ؟ فقال أليس ان ذهب الثوب فمن مال الذى اعطاه الدراهم ؟ قلت بلى قال انشاء اشترى وان شاء لم يشتر ؟ قلت نعم قال لا بأس به الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود ٠

١ ـ قال فى شرح الهداية :ج ٥ص ٣٢٤ ان السلم عقد مشروع بالكتاب و بالسنة وهو ما روى أنه عليه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان و رخص فى السلم والقياس وان كان يأباه ٠ ولكنا تركناه بما رويناه ، ووجه القياس أنه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه انتهى ٠ و فى شرح فتح القدير ج ٥ ص ١٩١ منع عن بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع مالا يملكه وفى ص ١٩٢ منع عن بيع الطير فى الهواء لانه غير مملوك قبل الأخذ وفى الفقه على المذاهب الاربعة ج ٢ ص ٣٤ وحكم السلم الجواز فهو رخصة مستثناة من بيع ما ليس عند بائعه ودليل جوازه الكتاب والسنة ؟ والاجماع وفى ص (٢٤٠) عن الحنفية ومن البيع الباطل بيع ما سيملكه قبل ملكه لانه انما يبيع شيئا معدوما لايقدر على تسليمه وهو باطل ٠

على عدم وقوعه موئثرا فى حقه ، فلا يدل على الغائه بالنسبة الى المالك و بقائه على اهليته لتعقب الاجازة منه ، و بعبارة اخرى : ان مفاد النبوى هو عدم الصحة الفعلية المقتضية للقبض و الاقباض لاعدم الصحة التاهلية الاقتضائية التى هى مورد البحث فى بيع الفضولى ٠

ثم ان بيع العين الشخصية على قسمين الاول أن يكون المبيع شيئا معينا و مالا مشخصا عند شخص معلوم ، فباعه البايع لنفسه ثم يمضى ليشتريه منه و يسلمه الى المشترى ٠

الثانى : أن يكون المبيع مشخصا عند شخص معلوم كالقسم الاول ـ و لكن باعه البايع لمالكه فضولا ٠

و الظاهر أن مورد النبوى المانع عن بيع ما ليس عند البايع انما هو القسم الاول لان ارادة القسم الثانى مبنى على أن يكون المراد من البيع المنهى عنه فى النبوى ، هو الانشاء الساذج مع انه مخالف لظاهره ، فيحتاج ارادته الى العناية و المجاز بل الظاهر من النبوى هو النهى عن ايجاد حقيقة البيع التى يتوقف حضولها على النقل و الانتقال فى الخارج و اما مجرد الانشاء الصادر من الاجنبى فلا يكون بيعا الا بالاجازة اللاحقة ٠

و بتعبير آخر : أن النبوى ظاهر فى اشتراط الملك والسلطنة لمن له البيع لا للعاقد عنه ، فلا يكون شاملا للفضولى المتوقف على اجازة المالك ٠

ولو تنزلنا عن ذلك و قلنا : بعدم ظهوره فى القسم الاول و لكن لا ظهور له فى القسم الثانى ايضا ، فيرجع فيه الى العمومات

الدالة على صحة العقود ، واما القسم الاوّل فيرجع فيه الى الرّوايات الدالة على المنع عن بيع الشخصى الّذى هو غير موجود عند البايع ٠

ومع الاغماض عن ذلك ، فلا دلالة فى النبوى على بطلان بيع الفضولى وذلك لان الظاهر من منع البايع عن بيع ما ليس عنده انما هو استناد البيع اليه وكونه له كما عرفته آنفا ومن البين أن هذا لا ينافى صحة بيع الفضولى صحة تاهلية بحيث يستند اليه بالاجازة اللاحقة ٠

ولو اغمضنا عن ذلك أيضا ولكن النبوى ليس نصا فى بطلان بيع الفضولى بل دلالته عليه انّما هو بالاطلاق فنقيده بالادلة الخاصة الدالة على صحة بيع الفضولى وعمدتها صحيحة محمد بن قيس المتقدمة واذن فيختص النبوى بالقسم الاول فقط ٠

ولو تنزلنا عن ذلك أيضا وقلنا بكون النبوى نصا فى فساد بيع الفضولى وقعت المعارضه بينه وبين ما دل على صحة بيع الفضولى فيؤخذ بالثانى لكونه موافقا للكتاب ومع عدم المرجح فى البين فيتساقطان ويرجع الى العمومات ، وقد عرفت فى اول المسألة أن بيع الفضولى مشمول لها فيحكم بصحته من هذه الناحية ٠

وقد ظهر مما ذكرناه الجواب عن الاستدلال على بطلان بيع الفضولى بالروايات الدالة على المنع عن بيع مالا يملك بناءً على قراءة يملك بصيغة الفاعل لا المفعول فيراد من قوله عليه السلام فى صحيحة الصفار المتقدمة قريبا لا يجوز بيع ما ليس تملك عدم استناد البيع الى العاقد غير المالك وهذا لاينافى استناده الى المالك بالاجازة اللاحقة فلا وجه لما ذكره فى الحدائق عند التعرّض لصحيحة

الصفار من ان (الاصحاب قد افتوا فى هذه المسألة التى هى مضمون هذه الرواية بلزوم البيع فيما يملك و وقوفه فيما لا يملك على الاجازة من المالك بمعنى انه صحيح ، لكونه فضوليا موقوفا فى لزومه على اجازة المالك و الرواية كما ترى تنادى بانه لا يجوز الدال على التحريم و ليس ثمة مانع موجب للتحريم سوى عدم صلاحية المبيع للنقل بدون اذن مالكه) اذ يمكن أن يراد من الجواز المنفى عدم النفوذ الوضعى كما فهمه الاصحاب فان ارادة النفوذ من الجواز شايع و اذا احتمل هذا المعنى ، فلا يبقى فى الصحيحة ظهور فيما ذكره صاحب الحدائق فضلا عن أن ينادى لفظ لا يجوز باعلى صوته من المكان المرتفع بالتحريم التكليفى .

وقال شيخنا الاستاذ : (ثم لا يخفى أنه لو سلم دلالتها ، فلا يمكن تخصيصها بالادلة الدالة على صحة الفضولى لان تعارضهما ليس بالعموم و الخصوص المطلق ، بتقريب أن مفاد الادلة المانعة هو ان بيع مال الغير لا يجوز سواء قصد لنفسه ام للمالك وسواء اجاز ام لم يجز و مفاد الادلة المجوزة صحة البيع للمالك اذا أجاز لانه لم يكن البيع لنفسه او للمالك بلا اجازة محلا لتوهم الصحة حتى يرد المنع بنحو العموم ، بل التعارض بينهما بالتبائن فانه لو سلم اطلاق هذه الروايات و شمولها لما اذا قصد الفضولى البيع للمالك او لنفسه مع المنع وعدمه فلا اشكال فى شمول الروايات الدالة على الصحة لجميع الاقسام) .

ولكن يتوجه عليه : أن تخصيص الادلة المجوزة بصورة كون البيع لمالك مع لحوق الاجازة ان التخصيص لاجل ما ذكر انما يصح فيما

اذا لم يتعارف فى الخارج بين الانسان مال غيره عن نفسه مع انه كان متعارفا فى زمان الجاهلية بل فى جميع الازمنة، وقد جرت عليه سيرة الجهال و الفساق وغير المبالين فى امر الدين حيث انهم يرون الاسباب غير المشروعة مملكة كالغرر و القمار و الغصب و السرقة و الخيانة واشباهها بل ربما يستملكون اموال الناس بلا مملك شرعى و لاعرفى و يعاملون معها معاملة اموالهم ۰

وقد يقال : ان النسبة بين ما دل على صحة بيع الفضولى وبين ما دل على فساده هى العموم من وجه ـ كما فى حاشية المحقق الايروانى ـ واليك نصه : (أن المنفى فى هذه الاخبار لوكان هو البيع لنفسه كانت هذه الاخبار اخص من هذه الجهة و ان كانت اعم من حيث اجازة المالك ، فتكون النسبة عموما من وجه وتقديم تلك على هذه ليس اولى من العكس بتقديم هذه و الحكم ببطلان البيع لنفسه وان اجاز المالك كما قالوه فى بيع الغاصب) ۰

وفيه أن الاستدلال بالاخبار المانعة على بطلان بيع الفضولى انما هو مبنى على كون مفادها اعم من البيع لنفسه و البيع للمالك لانها لوكانت مختصة بالبيع للمالك لكانت خارجة عما نحن فيه ـ بالكلية ـ ولم يبق مجال للتمسك بها على ذلك ۰

وقد عرفت قبل الشروع بذكر ادلة القولين أن هنا ثلاث مسائل:
الاولى أن يبيع للمالك الثانية ان يبيع له مع سبق المنع عنه ۰
الثالثة ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب ۰

وكلامنا فعلا فى حول المسألة الاولى واما البيع لنفسه الذى هو المسألة الثالثة فسيأتى البحث عنه قريبا ، وكيف كان فلا وجه

لتخصيص الادلة المانعة لصورة البيع لنفسه و يضاف الى ذلك انه لم يذكر فى الاخبار المانعة ولا فى الاخبار المجوّزة كون البيع للمالك مع لحوق الاجازة اوكونه للبايع ولم يصرح فيهما بشئ من ذلك واذن فلا وجه لتخصيص كل من الطائفتين بناحية خاصة بل الظاهر منهما هوكون الطائفة المجوزة اخص من الطائفة المانعة لان الاولى مختصة بصورة لحوق الاجازة من المالك والثانية اعم مُن ذلك .

على ان التعارض بالعموم من وجه يقتضى التساقط والرجوع الى العمومات لاتقديم احد المتعارضين على الاخر .

و منها صحيحة محمد بن القاسم بن الفضيل قال : سألت ابا الحسن الاول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم وكتب عليها كتابا بانها قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيها المال ام يمنعها ؟ قال فليقل له ليمنعها اشد المنع فانها باعت ما لم تملكه (١) حيث انها تدل على المنع عن بيع الانسان ما لاتملكه ، فتشمل الفضولى ايضا .

و فيه ان الصحيحة تدل على انه لايجوز لبايع الفضولى ان يقبض الثمن ، لا على بطلان بيعه بل يمكن ان يقال : انها مشعرة بصحة بيع الفضولى حيث ان الامام (ع) قد علل المنع عن تسليم المال بانه باع ما لم تملكه و من الظاهر انه لوكان البيع فاسداً لعلله بذلك لان التعليل بالامر الذاتى اولى من التعليل بالامر

١ـ التهذيب باب المكاسب ج ٦ ص ٣٣٩ والتهذيب القديم ج ٢ ص ١٠٦ و ٨٦٧ وللوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع .

العرض ٠

ومنها رواية (١) الاحتجاج فانه قد ذكر فيها الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكها او بامره او رضى منه فانها تدل بمفهوم الحصر على بطلان البيع الفضولى لانه لم يصدر من المالك ولا بأمره ولا برضاء منه ٠

وفيه اولا : ان الرواية ضعيفة السند من جهة الارسال ٠

وثانيا : انه يحتمل أن يراد من عدم الجواز عدم النفوذ كما فهمه الاصحاب فيمن باع ما يملك وما لايملك صفقة واحدة حيث بنوا على النفوذ فى الاول وتوقفه على اجازة المالك فى الثانى و لاريب ان اطلاق الجواز وعدمه على النفوذ وعدمه شايع بين الفقهاء رضوان الله عليهم ، ومن ذلك قولهم اقرار العقلاء على انفسهم جائز اونافذ واذن ، فالرواية تدل على عدم استناد البيع الى العاقد غير المالك وعدم نفوذه منه وهذا لاينافى استناده الى المالك بالاجازة اللاحقة بل قد عرفت آنفا ان البيع والشراء لايطلقان على الانشاء الساذج وعليه فالمراد من قوله (ع) لايجوز ابتياعها الخ هو النهى عن ابتياع مال الغير حقيقة لامجرد اجراء العقد عليه لفظا ، فلا دلالة فيها على فساد بيع الفضولى من اصله بل ربما يقال : بدلالتها على صحته ، وذلك لان الامام عليه السلام قد تفضل بان ابتياع الارض لايصح الا بمباشرة المالك او بوكالة منه او برضائه به على سبيل مانعة الخلو ومن المعلوم ان المراد من الرضاء ليس هو

١ـ الوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع وقد ذكرنا مجموع الرواية سابقا ٠

الرضاء السابق على العقد لكناية قوله(ع) و بامر منه فى ذلك ، ولا ان المراد منه هو الرضاء المقارن لعدم اعتباره فى صحة البيع و قد عرفته فيما سبق ، فيكون المراد منه الرضاء المتأخر ، و ان ابيت عن ظهور الرواية فى ذلك فلا آقل من الاحتمال فتكون الرواية ـ مجملة .

وكيف كان فلا ظهور لها فى فساد بيع الفضولى .

و منها صحيحة محمد بن مسلم عن ابى جعفرعليه السلام فى حديث قال : سأله رجل من اهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل واهل الارض يقولون هى ارضهم و اهل الاستان يقولون هى من ارضنا فقال لاتشترها الا برضاء اهلها (١) حيث ان الامام (ع) منع عن شراء الارض الا برضاء اهلها ، فيكون الشراء من الفضولى فاسدا

وقد ظهر جوابه مما تقدم فان المنع عن الشراء من غيرالمالك لاينافى استناد البيع الى المالك باجازته اذ لادلالة فى هذه الرواية على اعتبار الرضاء المقارن فى صحة العقد وكون الاجازة اللاحقة لاغية ، فلا وجه لما ذكره فى الحدائق ، من صراحة الرواية فى تحريم الشراء قبل تقدم الرضاء ثم قال : ودعوى قيام الاجازة ـ المتأخرة مقام الرضا السابق مع كونه لادليل عليه مردود بما ينادى به الخبر من المنع و التحريم الا مع تقدم الرضاء .

و منها الروايات (٢) الدالة على عدم جواز شراء السرقة والخيانة

١ـ فى حديث المناهى قال من اشترى خيانة و هو يعلم فهو كالذى خانها ، و فى رواية سماعة قال سألته عن شراء الخيانة و السرقة فقال اذا عرفت انه كذلك فلا الا ان يكون شيئا اشتريت من ←

وقد استدل بها و بغيرها فى الحدائق على بطلان بيع الفضولى وقال فى جملة ما ساقه من الكلام واليك لفظ بعضه وهذه جملة من الاخبار الواضحة الظهور كالنور على الطور فى عدم جواز بيع ـ الفضولي وعدم صحته ، ولو كان ما يدعونه من صحة بيع الفضولى و تصرفه بالدفع و القبض صحيحا و انما يتوقف على الاجازة لصرح به بعض هذه الاخبار أو اشير اليه ولاجابوا بالصحة و ان كان اللزوم موقوفا على الاجازة فى بعض هذه الاخبار ان لم يكن فى كلها مع انه لا أثر فيها لذلك ولو بالاشارة فضلا عن صريح العبارة ، و قال فى موضع آخر ـ بعد نقل خبر سماعة ـ وهذا نصه : (وقد نهى عن الشراء والنهى دليل التحريم وليس ذلك الا من حيث ان المبيع غير صالح للنقل لكون التصرف فيه غصبا محضا والتصرف فى ـ المغصوب قبيح عقلا و نقلا و الاصحاب فى مثل هذا يحكمون بالصحة والوقوف على الاجازة وهل هو الا رد لهذا الخبر ونحوه ؟ ولكنهم معذورون من حيث عدم اطلاعهم على هذه الاخبار الا انه يشكل هذا الاعتذار بالمنع من الفتوى الا بعد تتبع الادلة من مظانها و الاخبار المذكورة فى كتب الاخبار المتداولة فى ايديهم مسطورة) و الى غير ذلك من الكلمات غير الخالية عن التعريض و اساءة الادب

←

العامل ، وعن جراع المدانى عن الصادق(ع) قال لا يصلح شراء السرقة و الخيانة اذا عرفت ، وفى رواية اخرى من اشترى سرقة و هو يعلم فقد شرك فى اثمها ، وفى رواية قرب الاسناد عن رجل سرق جارية ثم باعها يحل فرجها لمن اشتراها ؟ قال اذا انبأهم انها سرقة فلا يحل وان لم يعلم فلا بأس الوسائل باب (۱) من ابواب عقد البيع و شرائه ٠

۱ـ الوسائل باب ۱ من ابواب عقد البيع و شرائه ٠

مع الاصحاب .

ثم قال فى آخر كلامه : «و بالجملة فالقول بما عليه الشيخ و اتباعه من البطلان هو المختار كما دلت عليه صحاح الاخبار على انا لانحتاج فى الابطال الى دليل بل المدعى للصحة عليه الدليل كما هو القاعدة المعلومة بين العلماء جيل بعد جيل و قد عرفت ان ادلتهم لاتسمن ولاتغنى من جوع كما لا يخفى» .

و يتوجه على الاستدلال بها على ما نحن فيه انها ظاهرة فى ارادة التملك من الابتياع المذكور بحيث تترتب عليه الاثار نحو ترتبها على الابتياع من المالك ، فلا اشعار فى شئ منها ببطلان بيع الفضولى فضلا عن الدلالة عليه و من نظر اليها بعين الانصاف وجانب طريق الاعتساف يرى صدق ما ذكرناه ، و العجب من صاحب الحدائق مع تبحره فى الاخبار و غوره فيها قد خفى عليه ما ذكرناه مع انه من الوضوح بمكان بل هو كالنار على المنار ، و اعجب من ذلك انه مع عدم فهمه محل النزاع كما يظهر من كلامه المتقدم حيث جعل بيع الفضولى تصرفا فى المغصوب ابتهج على ما يرومه كانه عثر على ما لم يعثر عليه غيره ، بل لم يكتف على ذلك حتى حمل على الاصحاب و رماهم الى عدم العثور على تلك الاخبار ، وكونهم غير معذورين فى ذلك لوجود كتب الاخبار بين ايديهم ولنصب عيونهم ، و لكنه غفل عن انهم سمعوها و دعوها الا انهم اطلعوا على ما هو المقصود منها و لم يقعوا على ما وقع عليه صاحب الحدائق من الاشتباه .

و من هنا قال فى الجواهر و هذه عبارته : (بل اطنب فيه المحدث البحرانى الا أنه لم يات بشئ بل مقتضى جملة من كلماته

التى أساء الادب فيها مع مشايخه انه لم يفهم محل النزاع وتخيل أن القائل بالصحة يريد حصول اثرها من المالك والتمليك وجواز التصرف ، وغير ذلك عدا اللزوم ، فابرق وأرعد ثم ترنم وغرد وساق جملة من النصوص الدالة على خلاف ذلك محتجا بالعثور عليها و الاهتداء الى الاستدلال بها .

فتحصل : انه لادلالة فى شئ من تلك الاخبار على بطلان بيع الفضولى ولو سلمنا دلالتها على عدم جواز بيع مال الغير فنخصصها بما دل على صحة بيع الفضولى ، وعلى تقدير التعارض و التساقط يرجع الى العمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود وقد عرفت ذلك كله فيما تقدم .

قوله : اما الروايتان .

اقول : المراد بهما روايتا خالد ويحيى الآتيتان فى بيع الفضولى لنفسه لا التوقيعان المتقدمان اى توقيع الصفار و توقيع الحميرى .

ومنها ما رواه الشيخ فى المجالس باسناده عن زريق قال : كنت عند الصادق عليه السلام اذ دخل عليه رجلان الى ان قال : فقال احدهما : أنه كان على مال لرجل من بنى عمار وله بذلك ذكر حق وشهود ، فاخذ المال ولم استرجع منه ذكر الحق ولاكتبت عليه كتابا ... وارثه حاكمونى ... فيباع على قاضى الكوفه معيشة لى وقبض القوم المال ... فقال : المشترى كيف اصنع فقال : تصنع ان ترجع بمالك على الورثة وترد المعيشة الى صاحبها الحديث الحدائق ج ٥ المتاجر ص ٧٥ قال فيها بعد نقل الحديث :ان هذا

الخبروان تضمن ان البايع هو الحاكم وهو صحيح بحسب الظاهر بناءً على ما ورد عنهم(ع)من الاخذ باحكامهم فى زمان الهدنة و التقية الا أنه بعد ظهور الكاشف عن بطلانه واعتراف الورثة بقبض الدين يكون من باب بيع الفضولى وهوكما سيأتى على قسمين :

احدهما : ما يكون المشترى عالما بالغصب وانه ليس ملكا للبايع .

وثانيهما : ان يكون جاهلا وادعى البايع الاذن من المالك وما اشتمل عليه الخبر من القسم الثانى .

ولكن يتوجه عليه ان الرواية اجنبية عن بطلان بيع الفضولى فانها ليست مسوقة لبيان بطلان البيع حتى مع الاجازة اللاحقة ، بل هى ناظرة الى بيان حكم الواقعة وأنه بعد كشف الخلاف ، فلابد وأن يكون يرجع المال المأخوذ بلاحق الى صاحبه .

قوله : الثالث الاجماع على البطلان .

اقول : قد ادعاه الشيخ فى الخلاف كما عرفت فى اول المسألة ومع ذلك قد اعترف بان الصحة مذهب جماعة من اصحابنا و لكنه اعتذر عن ذلك بعدم الاعتناء بخلافهم وهو محكى عن ابن زهرة ايضا فى الغنية وعن الحلى فى مضاربة السرائر عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب اذا اشترى بعين المغصوب .

ويرد عليه اولا : ان دعوى الاجماع على البطلان فى هذه المسألة موهونة جدا لعدم وجود القائل به غير مدعى الاجماع و جمع قليل من المتأخرين خصوصا مع مخالفة الشيخ فى النهاية التى قيل انها آخر كتبه ومن هذه الفتوى يمكن استكشاف ما ادعاه من

الاجماع منقولا لامحصلا واذن ، فلا نظن وجود الاجماع فى المقام بل نطمئن بعدمه .

ويضاف الى ذلك انه ليس هنا اجماع تعبدى اذ من المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا فى ذلك الى بعض الوجوه المتقدمة او جميعها على ان الاجماع لايكافوء ما تقدم من ادلة الصحة .

قوله : الرابع ما دل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف فى مال الغير الا باذنه .

اقول : قد استدل على بطلان بيع الفضولى بالدليل العقلى وبيانه يحتاج الى مقدمات : الاولى (والظاهر انه لااحتياج الى هذه المقدمة) ان التصرف فى مال الغير قبيح عقلا ونقلا وهذا ظاهر لاشبهة فيه .

الثانية : ان الفضولى متصرف فى مال الغير بالعقد عليه بدون اذنه لانه لم يقصد بعقده الهزل والهذيان والا كان انشاءه لغوا محضا وساقطا عن درجة الاعتبار وانما قصد النقل و الانتقال حقيقة ولاريب فى كون ذلك تصرفا .

الثالثة : أن التصرف فى مال الغير حرام للروايات الدالة على حرمة التصرف فيها بدون اذن مالكها فنتيجة هذه المقدمات هى بطلان عقد الفضولى لان النهى يقتضى الفساد كما حقق فى محله .

وفيه اولا : أن مجرد انشاء البيع لا يعد تصرفا فى المبيع عند العرف لاتصرفا خارجيا ولا تصرفا اعتباريا سواء أكان ذلك باذن المالك كالوكيل فى اجراء الصيغة ، ام كان بدون اذنه كالفضولى وذلك

لان التصرف فى المال عبارة عن ايجاد ما هو من شوؤن المالك سواء أكان ذلك تصرفا خارجيا كالاكل والشرب والاستظلال تحت الخيمة ام كان تصرفا اعتباريا كالبيع و الاجارة و نحوهما ·

وهذا بخلاف الفضولى ، فانه وان لم يكن هازلا فى انشائه ولا غالطا ولا ساهيا ولا لاغيا ولا لاهيا ولا مستهزئاً ولا سكرانا بل انما هو قصد البيع الا انه يرى نفسه نائبا عن المالك وباع ماله فضولا متوقعا لاجازته بحيث لا يصدق عنوان البيع على انشائه صدقا حقيقيا الا بعد الاجازة التى بها يتحقق التصرف الاعتبارى فى المبيع ويستند البيع الى المالك المجيز لا بالانشاء الساذج الفضولى ·

وثانيا انا لو سلمنا كون الانشاء الخالص تصرفا فى المبيع ولكنه لادليل على حرمة التصرف فى مال الغير على وجه الاطلاق بقيام السيرة العقلائيه على جواز الاستضلال بحائط الغير و الاستضاء بضيائه والاصطلاء بناره ودق باب داره لاستعلام حاله واشباهها ولم يردع الشارع المقدس عنها جزما واما ادلة حرمة التصرف فى اموال الناس فهى منصرفة عنها قطعا ·

ثالثا انا لو سلمنا كون الانشاء تصرفا فى المبيع وسلمنا حرمته ايضا ، ولكن ذلك فيما لم يستكشف جوازه من القرئن الحالية أو المقالية والا ، فلا شبهة فى جوازه بناء على أن مثل هذا الاذن لايخرج العقد عن الفضولية كما هو كذلك لان الاذن قد تعلق ـ بالانشاء لا بالمنشأ والذى يخرج العقد عن الفضولية انما هو الثانى دون الاول وعليه ، فيكون الدليل اخص من المدعى الا ان يلتزم بصحة بيع الفضولى فى هذا المورد لعدم كونه مشمولا للدليل العقلى

و ببطلانه فى سائر الموارد ، ولكن الظاهر أن القائلين بالفساد انما يريدون السلب الكلى وحينئذ فيكفى فى نقضه الايجاب الجزئى ٠

ورابعا : أنا لو سلمنا جميع ما ذكر ولكن انما يحرم الانشاء من الاجنبى مع العلم والعمد واما مع الجهل بذلك اومع الغفلة عنه ، فلا وجه لحرمته ومن الظاهر أن مورد بحثنا اعم من ذلك و اذن ، فيكون الدليل ايضا اخص من المدعى ٠

وخامسا : انا لو سلمنا ذلك ايضا ولكن النهى عن المعاملات لايوجب الفساد وان اصرعليه شيخنا الاستاذ وتفصيل ذلك فى محله نعم لوكان النهى ارشادا الى فساد المعاملة سواء أكان تحريميا امكان تنزيهياً فلا شبهة فى دلالته على فسادها قد تقدّم ما يمسّ بالمقام ٠ ص ٧٥

وسادساً : أن الفساد من قبل الفضولى وعدم استناد البيع اليه لايستلزم الفساد من قبل المالك ،ولا ينافى الصحة التأهلية وجواز استناده الى المالك بالاجازة اللاحقه ٠

وقد يستدل على بطلان بيع الفضولى بانه انما حكم ببطلان البع الابق من ناحية تعذر التسليم الذى هو شرط فى صحة البيع ومن الواضح أن بيع مال الغير اولى بعدم الجواز ، لفقد السبب والشرط معا ٠

وفيه : انا نعتبر الملك والقدرة على التسليم بالنسبة الى المالك المجيز لا العاقد والا لم يصح عقد الوكيل فى اجراء الصيغة فقط لانه ليس بمالك ولاقادرعلى التسليم ولا فارق بينه و بين الفضولى من هذه الناحية ٠

وقد يستدل على بطلانه بأن عقد للفضولى مشتمل على الغرر للجهل بحصول اثره وقد نهى النبى (ص) عن بيع الغرر ٠

وفيه اولا : أنه انما يلزم ذلك اذا حكمنا بلزومه ولكنه ليس يلازم وعليه ، فيرتفع الغرر بجواز الفسخ وثانيا : أن عمدة الدليل على بطلان بيع الغررى انما هو الاجماع لان النبوى ضعيف السند وغير منجبر بشئ والمتيقن منه غير ما نحن فيه ٠

ثم انه ذكر السيد فى حاشيته عند قول المصنف (والجواب أن العقد) لايخفى ان الفضولى انما يقصد النقل والانتقال جدا مطلقا لاهزلا ولا معلقا على الاجازة والا لم يكن صحيحا مع الاجازة ايضا وحينئذ فلا يبعد صدقه عليه عرفا كما يصدق على بيع الغاصب الخ٠

ويرد عليه اولا : ما ذكرناه سابقا من عدم كون ذلك تصرفا ولا يقاس ذلك ببيع الغاصب الذى يرى المال لنفسه ويبيع لنفسه لكن يستند البيع اليه واين هذا من الفضولى ٠

وثانيا : ان قوله ولا معلقا عليه سهو من القلم لما عرفته فى مبحث التعليق أن التعليق على ما هو دخيل فى صحة العقد لايوجب بطلانه لان صحة العقد متوقفة واقعا على ذلك ثم انه ذكر هنا امور لبطلان بيع الفضولى ولكن قد اغمضنا عنها اذ لا يهمنا التعرض لها ٠

[حكم بيع الفضولى مع سبق منع المالك]

قوله (المسألة الثانية أن يسبقه منع المالك ٠

اقول : المعروف والمشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم هو صحة بيع الفضولى مطلقا وحكى عن بعض التفصيل فى ذلك بين

سبق المنع وعدمه و يشير اليه ما عن المحقق الثانى فى بيع الغاصب حيث احتمل الفساد نظرا الى القرينة الدالة على عدم الرضا و هى الغصب و يشير اليه ايضا ما حكى عن فخر الاسلام من انه زاد بعضهم اى بعض القائلين بصحة الفضولى عدم مسبوقية الصيغة بنهى المالك و يظهر هذا فيما حكى عن العلامة فى نكاح التذكرة من حمل النبوى ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ، بعدمارماه الى ضعف السند على انه نكح بعد منع مولاه وكراهته له فانه يقع باطلا و هذه العبارة و ان سردها فى النكاح الا أنه لم يفرق بين النكاح وغيره ، فيلزم أن يقول بمثله فى البيع ايضا .

و يتوجه عليه اولا أن الظاهر من النبوى هو المنع عن مطلق الزواج الفضولى لا عن الفضولى المسبوق بالمنع فقط وعليه فلابدّ من تخصيصه على تقدير صحته بما دل على صحة عقد الفضولى .

و ثانيا : انا لو سلمنا تكافؤهما و لكن لا بدّ من تقديم ادلة الصحة لضعف النبوى سندا و مع صحة سنده فيتساقطان فيرجع الى العمومات .

و ثالثا : أن الظاهر من النبوى انما هو المنع عن تزويجه و ترتيبه آثار الزوجية بلا استيذان و لا استجازة من مولاه و لا شبهة فى كونه زانيا و هذا لاربط له بالفضولى المسبوق بالمنع .

ثم انه يقع البحث هنا فى جهتين الاولى : فى أنه هل هنا دليل يقتضى صحة عقد الفضولى مع سبق المنع عنه من المالك ؟

الثانى : فى أنه هل هنا ما يدل على بطلان العقد بحيث يكون مانعا عن تأثير ما يقتضى الصحة ؟

اما الجهة الاولى ، فان كان الدليل على صحة بيع الفضولى هو العمومات فلا يفرق فى ذلك بينما يكون مسبوقا بمنع المالك وعدمه فانه مع لحوق الاجازة يكون مشمولا للعمومات فى كلتا الصورتين و الا فلا ، وان كان الدليل على صحته هو خبر البارقى المتقدم ، فلا شبهة فى اختصاصه بصورة عدم المنع عن البيع اذ المفروض فيه ان النبى (ص) قد امره باشتراء الشاة من دون نهى عن بيعها ولذا دعاه بالخير والبركة وقال : ﴿بارك الله فى صفقة يمينك﴾ ، وان كان الدليل على صحته صحيح محمد بن قيس فالظاهر من قول أبى البايغ (ان وليدتى باعها ابنى بغير اذنى) ، هو عدم سبق المنع عن البيع والا لكان الاحتجاج بذلك على مقصده اولى و اقرب من الاحتجاج عليه بعدم الاذن فى البيع وعلى هذا ، فلا يبقى مجال لاستفادة العموم من الصحيحة من ناحية ترك الاستفصال .

ودعوى أن قوله : ﴿باعها بغير اذنى﴾ اعم من المنع و عدم الاذن ، دعوى فاسدة للفرق الواضح بين أن يقول الانسان لاحدهما أذنت لك فى الفعل الفلانى وبين أن يقول له نهيتك عن ذلك ولاريب فى أن الثانى اقوى للاحتجاج فى مقام المخالفة وان كان الدليل على صحة بيعه الروايات الواردة فى الزواج العبد بغير اذن سيده معللا بأنه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازه فهو جائز ، فدلالته على صحة بيع الفضولى هنا بوجهين الاول من ناحية الفحوى وبيان ذلك أن السيد وان لم يكن راضيا بزواج العبد بل كان يكرهه كراهة شديدة ولكن حيث لم يكن الزوواج معصية لله بل كان عصيانا للسيد فقط ، لم يخرج بذلك عن الصحة التأهلية لرجاء

زوال العصيان بالاجازة المتأخرة ، واذا صح الزواج بالاجازة اللاحقة مع كونه مسبوقا بكراهة السيد صح مع كونه مسبوقا بالمنع ايضا لان ما هو مناط العصيان أعنى به مبغوضية الزواج موجود فيهما بلا فرق بين اظهارها بمظهر خارجى وعدمه واذا صح الزواج صح غيره بالالوية القطعية .

ويتوجه عليه : أن الروايات المزبورة خالية عن كون الزواج مسبوقا بالنهى اذ لم يذكر فيها الا كون الزواج عصيانا للسيد لا كونه منهيا عنه والمراد بالعصيان ليس هو مخالفة نهى المولى لكى يستفاد المنع الصريح من ذلك بل المراد به انما هو عدم الاستيذان منه فى النكاح بمقتضى قانون العبودية على ما هو صريح الرواية واذن ، فلا دلالة فى تلك الروايات على نفوذ بيع الفضولى المتعقب بالاجازة مع المنع السابق .

ودعوى استفادة المنع منها ولو بشاهد الحال بين الموالى و العبيد ، دعوى فاسدة لان حالهما تشهد على عدم رضا المولى بفعل عبده الا بالاستجازة والاستيذان والا ، فيكون خارجا عن زىّ الرقية والعبودية وهذا غير كونه ممنوعا عن الاستقلال فى الفعل بمنع صريح .

ويضاف الى ذلك ما ذكره المحقق الايروانى من أنه (مع وجود شهادة الحال على المنع خرج عن محل البحث اذ شهادة الحال بوجودها الاستمرارى الى ما بعد العقد تكون ردا فلا تجدى بعده الاجازة) .

على انا لو سلمنا دلالة الروايات المزبورة على صحة زواج العبد

مع المنع السابق ولكنها بعيدة عن الفضولى المصطلح لما ذكرناه سابقا من ان عقد النكاح فى مورد الروايات مستند الى العبد و انّه بنفسه طرف للمعاقدة و المعاهدة غاية الامر أن نفوذه متوقف على اجازة السيد ولا شبهة فى ان هذا غير ما هو مورده البحث فى مبحث الفضولى واذن فلاوجه لدعوى الفحوى المتقدمة ·

الوجه الثانى من ناحية عموم التعليل المذكور فى تلك الاخبار حيث ان الامام (ع) قد علل فيها صحة نكاحه باجازة المولى بأن نكاحه مشروع بذاته وانه ليس معصية للّه تعالى ومن الظاهر انه لايفرق فى مشروعية نكاح العبد وعدم كونه معصية للّه ونفوذه باجازة المولى بين كونه مسبوقا بالنهى وعدمه ، فاذا صح النكاح صح كل معاملة مشروعة بذاته ، فان كونه معصية للسيد مما يرجى زواله وهذا بخلاف ما اذ كان ذلك معصية للّه فانها غير قابلة للزوال ·

ولكن ظهر جوابه مما تقدم من ان الزواج الصادر من العبد مستند اليه وعقد له وان كان نفوذه مشروطا برضا المولى فلا ربط له بالفضولى المصطلح ، فيكون ذلك نظير بيع الراهن العين المرهونة بدون اذن المرتهن وتزويج بنت الاخ وبنت الاخت بدون اذن العمة والخالة واذن ، فلا يمكن التمسك بعموم التعليل المذكور فى تلك الروايات الا فيما يسانخ مورد التعليل واما بقية الوجوه ،فقد عرفت انها لم تدل على صحة بيع الفضولى مع عدم سبق المنع ، فكيف اذاكان مسبوقا به وكذلك المؤيدات المتقدمة فلاوجه لاطالة البحث عن ذلك ·

اما الجهة الثانية فذكر المصنف : (أن العقد اذا وقع منهيا عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنا ما كاف فى الرد فلاينفع الاجازة

اللاحقة بناءً على أنه لايعتبر فى الرد سوى عدم الرضا الباطنى بالعقد على ما يقتضية حكم بعضهم بأنه اذا حلف الموكل على نفى الاذن فى اشتراء الوكيل انفسخ العقد لان الحلف عليه امارة عدم الرضا) .

وفيه اولا : أن الباقى بعد العقد ليس الا الكراهة المستمرة من زمان المنع الى بعد العقد ولكن ذلك اجنبى عن الرد بديهة أن معنى الرد انما هو حل العقد وابطال ما حصل به من الربط ولاشبهة فى أن هذا لايتحقق الا بالانشاء الذى هو مفقود فى المقام على الفرض كما أن الفسخ لايوجد الا بالانشاء لان الكراهة الباطنية كالرضا الباطنى لايؤثران فى الرد والاجازة ولافى الفسخ والامضاء

وثانيا : أن الرد لم يثبت بدليل لفظى لكى يتمسك باطلاقه ويحكم بتحققه بالكراهة الباطنية الباقية الى بعد العقد بل انماثبت ذلك بالاجماع ومن الواضح أنه دليل لبّى ، فلا يؤخذ به الا بالمقدار المتيقن وهو انشاء الكراهة وعدم الرضا بمظهر خارجى من اللفظ وغيره ومن هنا التزم الفقيه الطباطبائى بجواز تأثير الاجازة بعد الرد وهذا نصه : (الحق أن الرد من المالك غير مانع من الاجازة بعد ذلك ولايوجب الفسخ ٠٠٠ اما ظهور الاجماع فمضافا الى المنع منه لادليل على حجيته ما لم يصل حد القطع بل اقول : لايصح دعوى الاجماع القطعى على بطلان العقد اذا تخلل الرد من القابل بين الايجاب والقبول ، نعم لايبعد دعواه على بطلانه اذا رد الموجب ايجابه قبل قبول القابل ص ١٥٩) .

اما الفرع الذى حكاه المصنف عن بعض من أنه اذا حلف الموكل

على نفى الاذن الخ ، فتادة نفرضه فى غير زمان الخيار و اخرى فى زمانه كما فرضه كذلك شيخنا الاستاذ و اليك لفظ مقرر بحثه : (و فسخ عقد الوكيل لوكان خياريا بحلف الموكل على نفى الاذن فى اشتراء الوكيل ، لو سلم انما هو لأمارية الحلف على الفسخ لا لمجرد كراهة الموكل باطنا ، بل لايبعد أن يكون نفس انكار الوكالة فسخا كما أن انكار الطلاق رجوع) .

و ان كان فى زمان الخيار فينفسخ العقد بانكار الوكالة بلا احتياج الى الحلف على نفى الاذن فى اشتراء الوكيل ، و ذلك لان الموكل اذا انكر وكالة المشترى فقد اقر بكون المبتاع للغير و لا شبهة أن هذا اقرار على نفسه ، فيكون نافذا و هذا نظير انكار الطلاق فى العدة الرجعية ، فانه يكفى فى الرجوع الى المطلقة بلا احتياج الى الحلف على عدم وقوع الطلاق ضرورة أن انكار الطلاق اقرار على الزوجية و لوازمها من الانفاق وغيره ، فيكون اقرارا على نفسه فينفذ على أن الحلف لايكشف الا عن الكراهة الباطنية وعدم الرضا و من الظاهر أن مجرد عدم الرضا لايكفى فى الرد بل لابد فيه من الانشاء وقد عرفته آنفا .

و من هنا ظهر انه لايتم ما ذكره المصنف (ره) هذا لفظه (وما ذكره فى حلف الموكل غير مسلّم و لو سلّم فمن جهة الاقدام على الحلف على ما انكره فى رد البيع وعدم تسليمه له) .

و أن كان ذلك فى غير العقد الخيارى ، فهو بحسب طبعه على نحوين لانه تارة ينكر التزامه بالعقد و ينكر الوكالة ايضا و يحلف على ما انكره و اخرى ينكر الوكالة فقط و يحلف على ما انكره من دون أن

ينكر التزامه بالعقد وعلى الاول ، فيحكم ببطلان المعاملة اذ المفروض أنه ليس هنا التزام عقدى اصلا و من هنا ظهر أن الصحيح هو ما ذكرناه من التعبير بالبطلان دون الانفساخ اذ لم يتحقق هنا عقد لكى يحكم بانفساخه وعلى الثانى فيحكم ببطلان الوكالة فقط دون العقد ، اذ لاتحتاج صحته الى صحة الوكالة وقد ظهر لك مما ذكرناه أن مجرد انكار الوكالة لايكفى فى بطلان ما انشأه الوكيل من العقد بل لابد فى الحكم ببطلانه من وجود القرينة الخارجية على ارادة الصورة الاولى وأن المنكر انما ينكر الوكالة و التزامه بالعقد الصادر من الوكيل كليهما و الا فيحكم بصحة العقد و بطلان الوكالة فقط .

(بحث فى بيع الفضولى لنفسه)

قوله : ؛ المسألة الثالثة أن يبيع الفضولى لنفسه و هذا غالبا يكون فى بيع الغاصب وقد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع كما فى مورد صحيحة الحلبى المتقدمة فى الاقالة بوضيعة و الاقوى فيه الصحة ايضا وفاقا للمشهور ؛ .

اقول : المعروف و المشهور بين الاصحاب هو صحة بيع الفضولى لنفسه و هذا هو الغالب فى بيع الغاصب وقد حكى عن كثير من الاصحاب أنه يقف على الاجازة كسائر البيوع الفضولية و منهم العلامة فى بيع المختلف وغصب التحرير و بيع التذكرة و القواعد و غصبهما و الشهيد و السيورى و الصيمرى و الكركى وحكى عن فخر الاسلام أنه اختاره بناء على صحة الفضولى و هذا مقتضى اطلاق الباقين بل هو لازم فتوى الاصحاب فى ترتب العقود على احد العوضين حيث حكموا

بأن للمالك أن يجيز منها ما شاء و من الظاهر أنه لاتتم هذه الفتوى باطلاقه الا على القول بصحة بيع الفضولى لنفسه وعن فخر المحققين أنه على القول ببطلان بيع الفضولى فبيع الغاصب اولى بالبطلان ، و على القول بوقوف بيع الفضولى على الاجازة فالاكثر على أنه كذلك فى الغاصب مع جهل المشترى الخ .

ثم انه يقع الكلام هنا ايضا فى جهتين حذ و المسألة السابقة .

الاولى : فى وجود المقتضى لصحة البيع وعدمه ، و الثانيه فى وجود المانع عن ذلك وعدمه أما الجهة الاولى فلا شبهة فى أن بيع الفضولى لنفسه مع لحوق الاجازة من المالك مشمول للعمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود ولزومها و هذا ظاهر .

و يضاف الى ذلك صحيحة محمد بن قيس المتقدمة فى المسألة الاولى حيث عرفت دلالتها على صحة بيع الفضولى للمالك مع عدم كونه مسبوقا بالمنع و بضميمة ترك الاستفصال نعم هذه المسألة ايضا ضرورة أنه لوكان هناك فرق بين المسألتين لفصل بينهما الامام(ع) مع أنه لم يفصل بينهما و ترك الاستفصال امارة العموم واذن فتدل الصحيحة على صحة بيع الفضولى فى كلتا المسألتين و ان ناقشنافى دلالتها على صحته فى المسألة الثانية لاجل خصوصية فيها .

و اما الاخبار الواردة فى صحة نكاح العبد لنفسه بلااذن سيده فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولى فى المسألة الاولى و كذلك فى المسألة الثانية ، فعدم دلالتها على صحته هنا اولى اذ المفروض أن البيع فى المسألتين المتقدمتين للمالك بخلافه هنا فانه للبايع لانه باع مال غيره لنفسه فالتمسك بها هنا أردء من التمسك

بها هناك ٠

وأما بقية الوجوه التى استدل بها على صحة بيع الفضولى فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولى فى المسألتين المتقدمتين فضلا عن دلالتها عليها فى هذه المسألة ٠

اما الجهة الثانية ، فقد ذكروا وجوها لبطلان بيع الفضولى لنفسه ولكن عمدتها وجهان :

الاول أنه مع علم البايع بكون المبيع لغيره لايتمكن من قصد البيع لنفسه لانها لاتتحقق الا بدخول أحد العوضين فى ملك من خرج المعوض عن ملكه وحينئذ فالصادر من الفضول ليس بيعا حقيقيا بل انما هو صورة بيع نظير بيع الهازل والغالط والساهى ٠

وعلى لجملة ان حقيقة المعاوضة التى هى عبارة عن دخول احد العوضين فى ملك مالك الآخر غير مقصودة للعاقد وما هو مقصود له من وقوع البيع لنفسه ليس بمعاوضة بين المالين وانما هو معاوضة صورية واذن ، فلا سبيل لنا الى تصحيح بيع الفضولى لنفسه ٠

ويتوجه عليه ٠

اولا : أن الدليل المذكور اخص من المدعى لانه مختص بالغاصب العالم بغصبية المبيع فلا يجرى فى الجاهل بغصبيته ولا فى الغافل عن ذلك ٠

وثانيا : أن العلم بالغصبية انما يمنع عن قصد التبديل بين المالين فى نظر الشارع دائما وفى نظر العرف احيانا كبيع السرقة والخيانة على رؤس الاشهاد وبمرأى من الناس ومسمع منهم لا فى نظر المتبائعين لانا ذكرنا مرارا أن حقيقة البيع عبارة عن الاعتبار -

النفسانى المظهر بمبرز خارجى ، ومن الظاهر أنه يمكن تحقق هذا المعنى بمحض وجود المتبائعين ، وان لم يكن فى العالم شئ من الشرع واهل العرف واما كونه ممضى للعقلاء والشرع ، فهو امر خارج عن حقيقة البيع وانما هو من الاحكام اللاحقة له وعلى هذا فالبايع الغاصب مثلا ، وان قصد دخول الثمن فى ملكه مع ان المبيع قد خرج عن ملك غيره ولكن الاخلال بذلك لا يوجب الاخلال بحقيقة البيع لان قصد حقيقته ، لما كان مستلزما لقصد دخول احد العوضين فى ملك من خرج الآخر عن ملكه تحققت المعاوضة حقيقة وان انضم الى ذلك قصد وقوعه لنفسه باعتبار تنزيل نفسه منزلة المالك ، لان تعيين المالك الواقعى غير معتبر فى مفهوم تحقق حقيقة البيع بل القصد الى العوض وتعيينه يغنى عن القصد الى المالك وتعيينه .

نعم يعتبر فى مفهوم البيع قصد المتبائعين دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه وبالعكس والا فلا يصدق عليه البيع وعليه ، فلو اشترط على البايع دخول الثمن فى ملك الاجنبى او اشترط على المشترى دخول المبيع فى ملك غيره كان ذلك سببا لبطلان البيع جزما ضرورة أن الاشتراط المزبور على خلاف مقتضى العقد وقد تقدم تفصيل ذلك فى الجزء الثالث .

والذى يكشف عن صحة ما ذكرناه أنه لو باع احد متاعا بتخيل انه سرقة أو خيانة فبان أنه مال نفسه حكم بصحة البيع وكذلك اذا باع شخص مالا باعتقاد أنه لابيه فبان أنه لنفسه صح البيع بلا خلاف فى ذلك واوضح من الكل أنه لو تزوج شخص امرأة بتخيل انها خامسة او ذات بعل أو اخت زوجته فبانت انها ليست باخت زوجته ولا انها

ذات بعل و لا انها خامسة بل هى امرأة خلية يجوز تزويجها حكم بصحة الزواج اتفاقا مع أن العاقد لم يقصد هناك الا الزواج الفاسد ·

فتحصل من جميع ما ذكرناه أن قصد البايع الغاصب كون البيع لنفسه لايؤثر فى فساده و هذا ظاهر و قد أشار المصنف الى ما ذكرناه بقوله : «ان قصد المعاوضة الحقيقية مبنى على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا و ان كان هذا الجعل لاحقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الامر الغير الحقيقى حقيقية نظير المجاز الا دعائى فى الاصول نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثمن و لااعتقاد له كانت المعاملة باطلة غير واقعة له و لا للمالك لعدم تحقق معنى المعاوضة» ·

و اذن فلا يتوجه عليه ما ذكره المحقق الايروانى و هذا عبارته : «كيف تكون المعاوضة المبنية على امر غير حقيقى حقيقية و هل يزيد الفرع على اصله و لعمرى أن هذه الدعوى من المصنف (ره) فى غير محلها» ، لان غرض المصنف من قوله «لكن المعاوضة المبنية على هذا الامر الغير الحقيقى حقيقية» ، انّما حقيقة المعاوضة مقصودة للبايع بتبع الامر الا دعائى و فى الحقيقة ان المقصود انما هو الامر الواقعى ·

الوجه الثانى : ان الفضولى لم يقصد الا البيع لنفسه و عليه فان تعلقت اجازة المالك بما قصده الفضولى كان ذلك منافيا لصحة العقد لان معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثمن باجازته و ان تعلقت بغير ما قصده الفضولى كانت عقدا مستأنفا لا امضاء لنقل الفضولى فيكون النقل من المنشى غير مجاز و المجاز غير منشأ و بعبارة اخرى ان ما قصده الفضولى من المبيع لنفسه ليس قابلا للاجازة لما عرفته من أن دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه مأخوذ فى مفهوم البيع و

ما هو قابل للاجازة لم ينشئه الفضولى واذن فالمجاز غير واقع و الواقع غير مجاز ٠

وقد ظهر جوابه مما ذكرناه فى الجواب عن الاشكال الاول من أن حقيقة البيع عبارة عن اعتبار تبديل مال بمال فى جهة الاضافة واظهاره بمظهر خارجى سواء علم به المالك ام لا و سواء اقصده العاقد ام لا ، فان كل ذلك خارج عن حقيقة البيع و من الظاهر أن الفضولى قد قصد هذا المعنى غاية الامر أنه قصد كونه لنفسه من جهة الخطاء فى التطبيق و ذلك لانه انما قصد المعاوضة بين ملكى المالكين مع اعتقاده او بنائه على انه مالك فيلغى هذا البناء و يحكم بصحة العقد بالاجازة اللاحقة واذن ، فلا يتوجه ما قيل من أن المنشأ غير مجاز و المجاز غير منشأ بل المنشأ هو المجاز لان الاجازة قد تعلقت بالتبديل بين ملكى المالكين اذ المنشى لم ينشأ الا أصل التبديل الذى ينشئه نفس المالك وقصد كونه لنفسه لا يضر بذلك وهذا نظير أن يوجه البايع خطابه الى غير المشترى اشتباها و يقول بعتك هذا المتاع و يقول المشترى قبلت هكذا فانه لاشبهة فى صحة البيع حينئذ ضرورة أن اقتران الايجاب بكاف الخطاب انما هو من ناحية الخطأ فى التطبيق فلا يضر بصحة البيع ٠

و من الموضحات لما ذكرناه هو أنه اذا اعطى احد ديناراً لشخص و وكله فى شراء متاع واشتبه الوكيل ، فقصد الاشتراء لنفسه ثم التفت بذلك فانه لاشبهة فى كون البيع للموكل ، واوضح من ذلك أنه لو ابتاع زيد متاعا من عمرو لموكله ، فتخيل عمرو أنه اشتراه لنفسه فوجه الانشاء اليه وقال بعتك هذا المتاع وقبله زيد ، ثم انكشف انه قد

اشتراه لموكله فان ما قصده البايع من كون الاشتراء لعمرو لا يضربحقيقة البيع ٠

وعلى الجملة أن المقصود للبايع فى مرحلة الانشاءأمران أحدهما حقيقة البيع المبرزة بمبرز خارجى و ثانيهما اضافته الى نفسه و هذه الاضافة ان طابقت الواقع فهو، والا كانت لاغية ٠

ثم لايخفى عليك أن ما ذكرناه جار فى ناحية المشترى ايضاحذو النعل بالنعل فانه اذا قبل الايجاب و اضافه الى نفسه فقال ـ مثلا ـ قبلت فان كان هذه الاضافة مطابقة للواقع فهو والا كانت فاسدة ولكن فسادها لا يضر بصحة البيع بل يقع الشراء لمالك الثمن وقدحكم المصنف بصحة الشراء حينئذ بوجه اخر وهذه عبارته : « ان نسبة الملك الى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله تملكت منك او قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقادا اوعدوانا ولذا لوعقد لنفسه من دون البنأ على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة فاذا قال الفضولى الغاصب المشترى لنفسه تملكت منك كذا بكذا فالمنسوب اليه التملك انما هو المتكلم لا من حيث هو بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا او عدوانا وحيث ان الثابت للشئ من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند اليه التملك حقيقة هو المالك للثمن الخ » ٠

و يتوجه عليه أن الثابت للشئ من حيثية تقييدية و ان كان ثابتا لنفس تلك الحيثية ولكن لاعلى وجه الاطلاق بل لخصوص الحصة الحاصله من تلك الحيثية فى ضمن ذلك الشئ سواء كانت هذه الحصة حقيقية كما اذا كان المتبايعان مالكين حقيقة ام كانت ادعائية

كما فيما نحن فيه وعليه ، فاجازة المعاملة الخاصة لاتقتضى الا وقوع المعاملة لمن أنشأت له المعاملة لا لغيره لان وقوعها لغيره يستلزم تعدد الانشاء وهو منفى هذا ما ذكرناه فى وجه الصحة ٠

وقد اجاب عنه المحقق القمى على ما حكى عنه فى بعض اجوبة مسائله «بان الاجازة فى هذه الصورة مصحّحة للبيع لا بمعنى لحوق الاجازة لنفس العقد كما فى الفضولى المعهود بل بمعنى تبديل رضى الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ووقوع البيع عنه الخ وعليه فيكون ذلك عقدا جديدا كما هو احد الاقوال فى الاجازة» ٠

وفيه أنه قد يراد بذلك ما حكى عن كاشف الرموز من أن الاجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع وهو قائم مقام ايجاب البايع وينضم اليه القبول المتقدم من المشترى وحينئذ ، فيلغو الايجاب الصادر من الفضولى فيكون ذلك من موارد تقدم القبول على الايجاب المتأخر ٠

ويرد عليه أنا لو سلمنا جواز تقدم القبول على الايجاب وسلمنا ايضا جواز الفصل الطويل بين الايجاب والقبول واغمضنا عن مخالفة هذا الاحتمال لصريح كلام المحقق المزبور أنه لايمكن أن تكون الاجازة اللاحقة ايجابا متأخرا للقبول المتقدم لان القبول المزبور انما هو قبول لما انشأه الفضولى ، والاجازة المتأخرة على تقدير كونها ايجابا لا يمكن أن يكون ايجابا لذلك القبول لعدم المطابقة بينهما بل لابد وان يكون له قبول آخر وقد ذكرنا فى الجزء الثالث أن اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية البايع والمشترى من الامور الواضحة واذن فلا يمكن أن تجعل الاجازة اللاحقة مع القبول المتقدم عقدا

مستأنفا و معاملة جديدة .

و قد يراد من كلامه أن للاجازة جهتان جهة ايجاب وجهة قبول فالمالك المجيز من جهة الايجاب غير أصيل و من جهة القبول اما ـ وكيل المشترى او وليه .

و يرد عليه أنه لا دليل على كون المجيز وكيلا للمشترى و لا وليا له اضف الى ذلك أن الاجازة اللاحقة ليست الا رضا بالعقد السابق فلا وجه لجعلها ذى جهتين جهة ايجاب و جهة قبول و هذا ظاهر و ما حكاه المصنف عن الشيخ الكبير فى شرحه على القواعد من (أنه ربّما يلتزم صحة أن يكون الاجازة لعقد الفضولى موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولى)، ثم قال (و تبعه غير واحد من اجلاء تلامذته و ذكر بعضهم فى ذلك وجهين) .

الاول أن قضية بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلك المال له ضمنا حتى انه على فرض صحة ذلك البيع و الشراء تملكه قبل انتقاله الى غيره ليكون انتقاله اليه عن ملكه و ذلك لاستحالة دخول احد العوضين فى ملك غير مالك الآخر نظير ما اذا قال اعتق عبدك عنى او قال بع مالى عنك او اشتر لك بمالى كذا فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه او الشراء و نقول فى المقام ايضا اذا اجاز المالك صح البيع و الشراء و صحته يتضمن انتقال اليه حين البيع او الشراء فكما أن الاجازة المذكورة تصحح البيع او الشراء كذلك يقضى بحصول الانتقال الذى يتضمن البيع الصحيح فتلك الاجازة اللاحقة قائمة مقام الاذن السابق قاضية بتمليكه المبيع ليقع البيع فى ملكه و لا مانع منه .

الثانی : انه لادليل على اشتراط كون احد العوضين ملكا للعاقد فی انتقال بدله اليه ، بل يكفی أن يكون مأذونا فی بيعه لنفسه او الشراء به ، فلو قال : بع هذا لنفسك أو اشترلك بهذا ملك الثمن فی الصورة الاولى بانتقال المبيع عن مالكه الى المشتری و كذا ملك المثمن فی الصورة الثانية ، و يتفرع عليه أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك الى مالكه دون العاقد ·

قوله (ره) الاول : أنّه لافرق على القول بصحة بيع الفضولی بين كون مال الغيرعينا او فی الذمة ·

اقول : انّ البايع تارة يبيع مال شخصه فی ذمة الغيركالدين فهو خارج عن الفضولی فانّه نظير بيع عين ماله الشخصی ·

و اخرى يبيع مال غيره فی ذمة نفسه ، فالظاهر خروجه ايضاعن الفضولی فانه لاميز لمال الغيرفی ذمة نفسه ·

و ثالثة يبيع ما فی ذمة شخص لآخر او يشتری كذلك ، فهذا لا شبهة فی كونه فضوليّا و يتصوّر ذلك فی كل من البيع و الشراء على ثلثة انحاء ·

الاول ان يصرّح البايع او المشتری (تذكرة انّه قد وقع فی بعض الموارد فيما اذا تكون الاجازة باطلة وغير مفيدة انّ العقد يبطل و هذا مسامحة بل المراد بطلان الاجازة و الا فلو انضّم اليه اجازة اخرى نحكم بصحة العقد فانّ الرّد لايخرج العقد عن قابلية انضمام الاجازة اليه فكيف ببطلان الاجازة و ان شئت فقل ان عقد الغير لا يترتب عليه الاثر لعدم تحقق الاجازة فيه) الفضوليين بالذمة بان يقول بعتك كرّا من الطعام مثلا فی ذمة عمرو او اشتريته بخمسة دراهم فی ذمة بكر·

الثانى : ان يكون كلامه ظاهرا فى كون المبيع او الثمن فى ذمّة الغير كان يصنف البيع اليه ، فان ظاهر الاضافة كونه للغير و حينئذ ، فيكون الثمن او المثمن ايضا فى ذمته لما مر مرارا انه لا يعقل دخول العوض فى ملك من لم يخرج العوض الآخر عن ملكه .

الثالث : ان لا يكون كلامه صريحا و لا ظاهرا فى كون البيع للغير بل انما يقصده للغير، وعلى هذا ، فلو اضاف الكلى الى ذمّة الغير او قصد هذا المعنى ، ثم اضاف البيع الى نفسه ولم يظهر ما قصده بمبرز فى الخارج او قصد هذا المعنى واضاف البيع الى الغير ولكن اضاف الكلّى الى ذمته يقع التنافى بينهما ظاهرا مثلا لو قال اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمتى او اشتريت هذا لنفسى بدرهم فى ذمّة فلان يقع التنافى كما انّه لو قصد الشراء لفلان و اضاف الى ذمة نفسه او قصد الشراء لنفسه واضاف الى ذمّة غيره يقع التنافى بينهما ظاهرا .

وهنا مسئلتان الاولى : فى وقوع البيع للعاقد مطلقا على تقدير ردّ الغير وعدم وقوعه له مطلقا او يفصّل بين الشراء للغير بمال نفسه فيقال بالبطلان ، و بين الشراء لنفسه بمال الغير فيقال بالصحة

الثانية : فى صحة تلك المعاملة مطلقا وعدم صحتها كذلك او يفصّل كما تقدم .

اما المسئلة الاولى ، فالظاهر من صدر عبارة العلامة انّه لو اشترى بما فى ذمّة الغير و اطلق اللفظ يقف على اجازته واذا ردّ يقع للمباشر ، بل نسب ذلك الى العلماء .

ولكن الظاهر من ذيل كلامه ان الاشتراء انّما هو بما فى ذمّة

نفسه للغير حيث علّل صحة الشراء بقوله لانه تصرف فى ذمته لا فى مال الغير .

و بالجملة يظهر منه التفصيل بين المثالين و ان كان ظاهر الصدر من كلامه ينافى ظاهر ذيله ثم نسب ذلك الى ابى حنيفة حتى فى الاعيان الشخصيّة .

و التزم شيخنا الاستاد ايضا بذلك وكونه واقعا للعاقد مطلقا .

و لكن حكم العلامة الانصارى (ره) بالبطلان و هو الحق و ان لم نساعد بذيله .

و الوجه فى بطلانه واقعا على تقدير الرّد وعدم وقوعه للعاقد انّه قد عرفت فيما تقدم ان مفهوم البيع وحقيقته متقوّم بالمبادلة بين المالين بحيث يدخل كلّ من العوضين مكان العوض الآخر سواء علم المالك او لم يعلم فانّ معرفته غير دخيلة فى حقيقة البيع و صحته هذا فى بيع الاعيان الشخصية ، و اما فى بيع الكلّى او شرائه فحيث ان الكلّى بما هو كلّى ليس فيه شائبة المالية من جهة و انّما يكون متصفا بالمالية اذا اضيف الى ذمّة معيّنة لان الذمة الغير المعينة ايضا كلّى ، فاضافة الكلّى الى كلّى آخر لا يوجب التعين و التشخص .

اذن فكون الكلّى ثمنا او مثمنا متقوّم باضافة الى شخص معيّن لا من جهة لزوم تعيين المالك بل لكون تعيينه مقدمة لاتصاف الكلّى بالمالية ، حتى يكون قابلا للمعاوضة عليه لانّ العوضين فى البيع بمنزلة الزوجين فى النكاح فى لزوم التعيين .

وعلى هذا ، فلو قصد الفضولى كون المعاملة لغيره و ان لم

يظهر فلا يعقل كونها لنفسه و ان كان ظاهره كذلك ، فان تحقق المعاملة و ظهورها فی صفحة الوجود كان معلّقا على اضافة الكلّی الى ذمة الغير و مع عدم وقوعها للغير لاجل ردّه ، و عدم امضائه ذلك كيف يعقل وقوعها عن العاقد ؟ و الا ، فيلزم كون ما يكون مقوّما للبيع و الشراء غير مقوّم لهما فهل هذا الا التناقض الواضح ؟ و بعبارة اخرى اتصاف الكلّی بالمالية وكونها طرفا للمبادلة انّما هو بالاضافة الى الذمّة ولو فی عالم القصد ، فاذا ازاله صاحب الذمة عن ذمته، فتنعزل عن المالية ، فهذه الازالة لايعقل ان يوجب اتصاف الكلّی ايضا بمالية اخرى ليكون قابلا للمعاوضة عليه ، لان ازالة اضافة عن ذمة ليس اضافة اخرى لذمة شخص آخر فاذن كيف يمكن القول بانّه اذا ردّ الغير الذی كانت المعاملة له تقع ذلك للعاقد؟ فهل كان ردّه سببا لاضافة الكلّی الى العاقد او اتصف الكلی بالمالية بغير اضافة ؟ فكلاهما غيره معقول ٠

و من هنا انقدح ما فی كلام العلامة الانصاری حيث افاد فی وجه البطلان بما حاصله انّ المال فی باب الفضولی مرد د بين مالكه الاصلی و من وقع له العقد ، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكه و تردّده بين ان يدخل فی ملك الفضولی او ملك من وقع له العقد٠

و وجه انحلال : انّه بعد انحصار البيع او الشراء بمن وقع له العقد ، فلا معنى لتردد المال بينه و بين الفضولی ، بل هو دائر بين ان يبقى فی ملك مالكه الاصلی و ان يدخل فی ملك من له العقد على تقدير اجازته العقد ٠

هذا كلّه فی مقام الثبوت و اما فی مقام الاثبات فظاهر الكلام

كون العقد للمباشر الا ان يثبت ببينة و نحوها كونه للغير ٠

ثم انّ شيخنا الاستاد قد تصدّى الى تصحيح العقد فى كلا المثالين اى سواء كان الشراء للغير بمال نفسه او العكس ٠

وحاصل كلامه : انّه اذا اشترى مالا لنفسه بمال الغير او اشترى مالا للغير بمال نفسه ، فان اجاز الغير فيكون له والا فيكون للمباشر وحمل على ذلك كلام العلامة وفسره بصورة الشراء فى ذمّة نفسه لغيره على خلاف ما فسرناه سابقا وان كان يساعده ذيل كلامه

والوجه فى ذلك : انّ الفضولى اذا اشترى مالا للغير بمال نفسه فى الذمة فقد انشأ بيعين : الاول اشتراءه لنفسه من الغير، والثانى بيعه لمن له العقد بلا مرابحة ووضيعة كما هو كذلك فى بيع التولية ، فيكون ذلك من مصاديقه ، فكون البيع للفضولى ليس خارجا عن القاعدة مع ردّ من له العقد فانّ ردّه يوجب انحلال البيع الثانى دون الاول ٠

وعلى ما ذكره شيخنا الاستاذ لا يرد اشكال المصنف ايضافانه على تقدير صحته انّما هو فيما يكون هنا بيع واحدا دائراً بين كونه للفضولى او من له العقد وامّا بناء على ما ذكره الاستاذ فهنا بيعان احدهما للمباشر، والثانى لمن له العقد فبطلان الثانى للرد لا يوجب بطلان الاول ٠

ولكنه ليس بتمام ، لانه اوّلا لا يتم فى البيع فانّ بيع التولية مختص بالشراء من الغير، فلا يجرى فى البيع ٠

وثانيا انّه على هذا يكون الاجازة اللاحقة قبولا للايجاب الذى تحقق فى ضمن الشراء من الغير، فمع الغض عن اخلال الفصل

البعيد بين الايجاب و القبول ، وعن الاشكالات الاخر، ان هذا مع الاجازة يكون عقدا مركبا من الايجاب والقبول الحاصلين من الاصليين فلا يكونان مربوطين بالعقد الفضولى الذى هو محط كلامنا مع انّه ليس الامر كذلك لانّه لو مات الفضولى ، ثم اجاز المالك بيعه او شرائه فلا شبهة فى صحته واما لو مات الموجب قبل تحقق القبول فيكون باطلا بلا شبهة فيعلم من ذلك انّه ليس هنا عقدان و بيعان بل عقد واحد على انّه خلاف الظاهر من كلام الفضولى ۰

واوضح من ذلك فى البطلان البيع للغير فانّه لايجرى فيه ما ذكره الاستاذ من ارجاعه الى بيعين وعقدين كما ذكرنا ۰

و بالجملة ما ذكره شيخنا الاستاذ لايمكن المساعدة عليه بوجه ولاينطبق على بيع الفضولى ، وعلى خلاف الظاهر بمكان ۰

واما تصحيح ذلك بالالتزام بالنيابة ، فايضا لاوجه له لانّه على تقدير الالتزام بذلك فليس معناها الالتزام بالضمان عن الغير بحيث على تقدير ردّ الغير يكون الضّمان عليه طولا ، فانّه دعوى بلا دليل بل معناها جعل نفسه نازلا منزلة الغير فى ايجاب العقد فكانّه شخص تنزيلى للغير وحينئذ ، فيكون العقد مع الرد فاسدا من اصله لكونه راجعا اليه فلا يكون واقعا عن العاقد النائب كما هو الظاهر فان النائب ليس له موضوعيّة بل هو قنطرة الى المنوب عنه فالمناط فى الصحة والبطلان امضائه وردّه ۰

واما المسئلة الثانية اعنى صحة المعاملة فيما جمع بين المتنافيين اما لفظا او قصدا بان يقصد الغير واضاف الى نفسه ، فحكم شيخنا الاستاذ بكونه للعاقد ايضا وقد افاد فى وجه ذلك وجوها ۰

الاول : ان الامور البنائية و الاغراض المنويّة لا اثر لهـا بما لم تنشأ بما هو آلة لانشائها من الفعل او القول ٠

الثانى : انّ الالتزامات العقديّة يملكها كلّ من المتعاقدين على الآخر الا ان يجعل ملك كلا الالتزامين لواحد منهما اما بجعلهما كما فى غير النكاح او بالجعل الشرعى فحينئذ يثبت له الخيار ٠

الثالث : عدم اعتبار تعيين المالك فى البيع و انّه ليس دخيلا فى حقيقة البيع فينتج من تلك الامور انّ العقد مع ردّ من له العقد يقع للعاقد ، فيكون هو ملزما بذلك و مالكا على التزام الآخر كما انّ الآخر يملك التزامه ٠

ثم قال : واما وقوعها له لو اجاز او اقرّ بالوكالة فلان العقد وان لم يؤثر فى صرف الالتزامات الى الغير الا انّه لا ينفك عن اثره التكوينى ، فيجعل المعاملة كالمادة الهيولاينة القابلة لصرفها الى الغير باجازته او اقراره ، فيكون القصد كجعل التولية للغير و يكون الاجازة او الاقرار بمنزلة قبول التولية فالقول بانّ المعاملة تقع لنفس المباشر واقعاً اذا ردّ من قصد له منطبق على القواعد و قياسها على ما اذا اسندها الى الغير لفظاً مع الفارق ٠

وفيه اما ما افاده فى وجه كونه للغير نظير ان يجعل للغير تولية فى العقد فقد ظهر جوابه فيما تقدم واما ما افاده فى وقوعه للغير من المقدمات ففيه : اما عدم لزوم تعيين المالك ، فانّما هو فى الاعيان الشخصيّة و امّا فى بيع الكلّى ، فعدم تعيينه مستلزم لانعدام المالية التى بها قوام مفهوم البيع من حيث المبادلة ٠

واما المقدمة الثانية ان ملك كل من المتعاقدين التزام الآخر

وان كان فى محلّه الا انّه فيما يكون العقد واقعا لهما ، واما فيما يكون الشخص خارجا عن حدود العقد كيف يمكن ملك كلّ منهما التزام الآخر ؟ فالعاقد الفضولى نسبته الى العقد ليس الا كنسبة الاجانب اليه فلا وجه لملكه بالتزام الآخر .

وبعبارة اخرى : ان كان المقصود من ذلك عدم كون العقد خياريا ، فهو متين ، وان كان المقصود كون العاقد مالكا لالتزام الآخر سواء كان اصيلا او فضوليّا فهو غير مسلّم .

واما المقدمة الثالثة :

ان القصد بلا اظهاره بمظهر وان كان ليس له اثر الا انّه فيما يكون الاظهار والابراز من المقوّمات بحيث لايتحقق العنوان الذى يترتب عليه الاثر الا بالاظهار كعنوان البيع والهبة والصلح والاجارة وغيرها من العناوين العقودية والايقاعية ، واما فيما لايكون اظهاره دخيلا فى التأثير ، فاظهاره وعدمه سيان ، فذكر العوضين كذكر المالكين ليس من مقوّمات العقد ومن هنا لوكان جميع ذلك من الخارج معلوما واكتفى العاقد بمجرد بعت واشتريت لكان كافيا على انّه قد اظهر ذلك بقوله اشتريت هذا بخمسة دراهم فى ذمّة فلان .

وبالجملة لم يتحصّل لنا شئ مما افاده بل لابد فى صورة الجمع بين المتنافيين من الحكم بالالغأ وقيد كونه للغير والحكم بكونه للعاقد لانّه من قبيل الخطاء والاشتباه نظير شراء مال الغير لنفسه بثمن هو مال شخص آخر بتخيل انّه ماله او بتخيل رضايته بذلك كما اذا وعد شخص على آخر عشرة امنان من الحنطة وتخيّل

الموعود له ملكيته بمجرد ذلك ، فباعه من شخص فانّ فى امثال ذلك يقع البيع للعاقد فافهم ٠ (جريان الفضولى فى المعاطات) ٠

وقد عرفت انّ بيع الفضولى حسب دلالة الادلة عليه لااشكال فيه ، وانّما الكلام فى انّه هل يجرى فى المعاطات مطلقا او لايجرى فيها مطلقا او فرق بين القول بالاباحة فلا يجرى والقول بالملك فيجرى او فرق بين كون الفضولى على خلاف القاعدة فلا يجرى مطلقا وبين كونه على وفقها فيجرى مطلقا ؟ وجوه ٠

قوله (ره) الثانى : الظاهر انّه لافرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى والمعاطاتى ٠

اقول ذكر العلامة الانصارى انّه على القول بصحة البيع الفضولى لايفرّق فيه بين البيع اللفظى والبيع المعاطاتى لاطلاق الادلّة وعمومها ، وعن بعضهم اختصاصه بالبيع اللفظى بدعوى انّ الاقباض الذى يحصل به التمليك محرّم لكونه تصرّفا فى مال الغير بدون اذنه فلا يترتب عليه اثر ٠

وفيـــه :

اوّلا : انّ الاقباض والتصرّف يمكن ان يكون مباحا كما اذا اشتبه المقبض وتخيل انّ المال لنفسه واقبضه للمشترى بالبيع المعاطاتى فانّ هذا التصرّف ليس بمحرّم وهكذا فى جميع موارد السهو والنسيان فالجامع بين الجميع هو الخطاء ، والوجه فى ذلك انه قد حققنا فى محله ان التكاليف الالتزامية ترتفع فى موارد الخطاء حتى فى الواقع ونفس الامر بمقتضى ادلة الرفع واذن عدم رضاية المالك بالتصرّف لايدل على حرمة الاقباض ٠

وثانيا : يمكن ان يكون المالك ايضا راضيا بالتصرّف كما اذا اذن للفضولى قبل البيع ان يتصرّف فى ماله ويقبضه لشخص خاص او يعطى الفضولى مال المالك لوكيله اووليّه اومن يقوم مقامه ـ بعنوان البيع ، فانّ الاقباض شئ من ذلك ليس بمحرّم وانّما يقصد الفضولى فى ضمن ذلك الاعطاء المباح البيع المعاطاتى وهكذاالامر لو اعطى احد وكلائه ماله لوكيله الاخر بعنوان البيع من غيران يكونا وكيلين فى البيع والشراء .

وثالثا : يمكن ان يكون المالك ايضا راضيا بالبيع ولكن لم يظهر رضايته بمظهر اذن ، فلا يكون البيع الا واقعا برضاية المالك و قد تقدم انّ الرضا المقارن لايخرج العقد الفضولى عن الفضولية مالم يظهره المالك فى الظاهر بمظهر قولى او فعلى .

ورابعا : على تقديركون الاقباض والاعطاء تصرّفا فى مال الغير وحراما ولكنه حرام تكليفى يعاقب المتصرف فيه لاجله فلا يدل ذلك على الحرمة الوضعية الذى هو محط كلامنا .

وخامسا : على تقديرالتسليم انّ الحرمة التكليفية تدل على الفساد فلا نسلّم ايضا بطلان ذلك العقد لما مرّان فساد العقد من الفضولى وعدم انتسابه اليه بحيث يكون العقد عقده لا يستلزم فساده عن المالك وعمن له العقد بل ينتسب الى المالك اذا اجازه .

وبالجملة انّ هذا الاشكال لوهنه لايصلح لمنع جريان الفضولى فى المعاطات .

قوله (وربّما يستدل على ذلك) .

اقول : الوجه الثانى الذى استدل به على عدم جريان

الفضولية فى المعاطات انّ المعاطات منوطة بالتراضى وقصدالاباحة او التمليك وهما من وظائف المالك وشئونه ولا يتصور صدورهما من غيره ولذا ذكر الشهيد الثانى انّ المكره والفضولى قاصدان اللفظ دون المعنى وان قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك ٠

وفيه : انّ هذا الاشكال لو تمّ انّما يعمّ جميع اقسام الفضولى ولا يختص بالمعاطات وبعبارة اخرى انّه اشكال لاصل الفضولى ٠

امّا الحلّ انّ الرضاية من المالك تحصل باجازته المتأخرة فلا يكون البيع خاليا عن التراضى وهكذا قصد التمليك والاباحة وبعبارة اخرى ان الفضولى ليس له الا ايجاد المعاملة وانشائها وبقيّة الجهات التى لابدّ من صدورها ممن نسب العقد اليه ، انّما تصدر من المالك ، فلا ربط لها بالفضولى ، واما كلام الشهيد فقد عرفت فيما تقدم عدم صحته وتماميته ٠

قوله ﴿الا ان يقال انّ مقتضى الدليل﴾ ٠

اقول الوجه الثالث ان العقد الفضولى انّما ثبت جوازه على خلاف القاعدة فيختص بالعقد القولى وقد اجاب عند المصنف بانه طبق القواعد للعمومات الدالة على صحته ٠

وهذا الجواب منه وان كان متينا الا ان ظاهراً انّه لو لم يكن الفضولى على طبق القواعد لما كان جاريا فى المعاطات ولكن الامر ليس كذلك بل مع هذا يجرى فى العقد الفعلى كجريانه فى العقد القولى بمقتضى اطلاق صحيحة محمد بن قيس وقضيّة عروة البارقى وغير ذلك بناء على تماميتها فانّها غير مختصة بالعقد القولى بل اطلاقها محكم بالنسبة الى المعاطات ايضا ٠

الوجه الرابع ما ذكره شيخنا الاستاذ واختاره ٠

وحاصله : انّ فعل الفضولى ليس قابلا للايجاب فى باب المعاطات سواء قلنا بافادتها الاباحة او بافادتها الملك الجائز او اللازم ٠

اما على القول بكونها مفيدة للاباحة ، فمن جهة ان مجرد قصد اباحة التصرف بالاعطاء وان كان بلا مئونة للفضولى الا انّ الاباحة التى تكون موثرة فى باب المعاطات هى الاباحة الحاصلة من تسليط غيره ، فيكون تسليط غيره لغوا محضا ٠

وامّا اجازة المالك ، فهو وان كان تفيد الاباحة الاانّه بنفسها تكون موثرة فى الاباحة من غير ربط بفعل الفضولى ، واما بناء على الملك فلان الفعل الواقع من الفضولى لايتصرف الا بعنوان الاعطاء والتبديل ، وامّا افادة الملكيّة التى عبارة عن تبديل طرفى الاضافة فلا ، بل هى متوقفة اما على ايجاد المادة بالهيئة وامّا على فعل المالك فحينئذ يكون ذلك مصداقا للبيع ٠

وفيه انّ انحصار افادة الملكيّة فى البيع اما بايجاد المادة او بفعل المكلّف وان كان له وجه على المذاهب المعروفة فى الانشاء ولوكان مع ذلك قابلا للمناقشة ، الا انّه لاوجه له بناء على ما ذكرنا من انّ الانشاء ليس الا اعتبار النفسانى واظهاره بمبرز فى الخارج ، لانّ الفضولى ايضا يعتبر ذلك المعنى لمكان كونه سهل المئونة و خفيف الاعتبار و يبرزه فى الخارج بمبرز سواء كان ذلك المبرز فعلا او قولا ، فانه على كل حال يكون مصداقا للبيع وقد تقدم ذلك منه فى المعاطات مع جوابه ٠

نعم بناء على افادتها الاباحة يتوجه الاشكال من جهة ان افادة المعاملات المقصود بها المالك للاباحة على خلاف القاعدة و من هنا ذكر الشيخ الكبير مبعدات عديدة على القول بالاباحة وان اجاب عنها الشيخ الانصارى بانّها ليست بمبعدات اذا اقتضاه الجمع بين الادلة ، وقد عرفت ذلك مفصلا واذن فلابدّ من الاقتصار على صورة تعاطى المالكين فى المعاطات ·

على انّه لايعقل حصول الاباحة قبل الاجازة بفعل الفضوليين

والذى ينبغى ان يقال : ان الكشف الحقيقى و ان كان يمكن جريانه فى المعاطات الفضولية بناء على افادتها الاباحة لامكان الالتزام بالاباحة قبل الاجازة وكون الاجازة كاشفة عنها الا انّ الكشف الحقيقى فى الفضولى مع امكانه فى مقام الثبوت لادليل عليه فى مقام الاثبات ويكون الامر دائرا بين النقل و الكشف الحكمى امّا الثانى فهو مستحيل لانّ التصرف فى مال الغير قبل الاجازة بعقد فضولى حرام ، فانّه لايجوز التصرف فى مال الغير الا باذنه و بعد الاجازة تحصل الاباحة من حينها ولا يمكن الحكم باباحة التصريفات التى قبل الاجازة بالاباحة الحكمية فانّ الشئ لاينقلب عمّاهو عليه وعن وقوعه فالتصرّف الذى كان محرّما لايعقل ان يحكم عليه بالاباحة وهذا واضح جدا ·

واما على النقل فجريان الفضولى فى المعاطات بناء على افادتها الاباحة ايضا بمكان من الامكان فانّ حصول الاباحة بعد الاجازة لانرى فيه محظورا اصلا ·

واذن يتوقف حصول الملكيّة على التصرّفات المتوقفة على الملك

فتحصل بها الملكيّة آناً ما قبل التصرّف .

هذا كلّه فيما اذا قصدت الملكيّة وحصلت الاباحة الشرعية بحكم الشارع كما تقدم تفصيل ذلك فى باب المعاطات .

واما لو قصد الفضوليّان الاباحة من الاول فلا شبهة فى عدم جريان ذلك فى المعاطات فانّه لامعنى لحصول الاباحة قبل الاجازة لتكون الاجازة كاشفة عنها بل هى تحصل بنفس الاجازة ولا يعقل ان ما وقع قبل الاجازة من التصرفات المحرّمة ان تكون مباحة بالاجازة كما تقدم .

(الاجازة والرد فى المعاملة الفضولية)

قوله (ره) اما الكلام فى الاجازة .

اقول : اساس القول بالكشف فى العقد الفضولى هو فرض الاجازة المتاخرة متصلة بالعقد والغاء الفصل الواقع بين العقد و الاجازة كما انّ اساس القول بالنقل هو فرض العقد متصلا بالاجازة بقاء وان حصل بينهما الفصل حدوثا فكانه وقع فى زمان الاجازة .

اذا عرفت ذلك ، فالمشهور بين الفقهاء رضوان اللّه عليهم: انّ الاجازة كاشفة عن تماميّة السبب وهو العقد وانّما الكلام فى طريق الكشف الحقيقى وكيفيته وهو على انحاء .

الاول : ان يقال بالكشف الحقيقى بمعنى انّ الملكيّة انّما حصلت حين العقد واثّر العقد فيها من دون ان يكون تأثير العقد مراعى الى زمان الاجازة وهذا يتصور على وجوه :

الاول : ان يقال : انّ المؤثر التام فى المعاملة الفضولية

ليس الا العقد كما هو مقتضى قوله تعالى اوفوا بالعقود و انّما الاجازة معرفة لكون ذلك العقد تمام التأثير وكاشفة عنه من غير ان تكون لها مدخليّة فى حصول مقتضى العقد من الملكيّة و الزوجية و نحوهما، و الا يلزم ان لايكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شئ اخر و هذا الوجه هو الذى اشار اليه المحقق و الشهيد الثانيان ـ على ما حكى المصنف فى المتن ـ وهذا المعنى بحسب مقام الثبوت و الامكان و ان كان متصوراً و ممكنا لامكان تأثير العقد من جميع الجهات فى مقتضاه من غير توقف على شئ ولوكان ذلك الشئ رضا المالك كبيع مال المحتكر فى المخمصة فانّه ايضا لايكون راضيا مع انه صحيح، الا انّه لادليل عليه بحسب مقام الاثبات، كيف؟ وقد اعتبر الشارع المقدس دخالة الرضا فى تأثير العقد و سمّى ذلك بالتجارة عن تراض و من الواضح جدا انّ العقد الفضولى قبل الامضاء و الاجازة ليس معاملة و تجارة عن تراض.

و بالجملة : مضافا الى عدم الدليل فى مقام الاثبات بصحة مثل هذا العقد، فالدليل على عدم صحته موجود آية التجارة و بيع مال المحتكر و ان كان صحيحا من دون رضاه و طيب نفسه، ولكنه لدليل خاص و وجوب الوفاء بالعقد انّما فيما يكون صادرا عمن له العقد او باذنه و الا يلزم الوفاء بكلّ ما يكون فى صورة العقد.

و الثانى مقابل القول الاول، و هو ان تكون الاجازة من جملة شرائط العقد كالايجاب و القبول بحيث يكون موءثرا فى حصول مقتضاه

و هذا المعنى اى تأثير الامر المتأخر فى الامر المتقدم يتصوّر على نحوين فانّ ما يكون دخيلا فى الامر المتقدم و شرطا فى تحققه تارة

يكون من اجزائه واخرى من شرائطه ·

****

اما الاول : فكالمركبات الاعتبارية كالصلوة مثلاً بان يكون الجزء المتأخر دخيلا فى صحة الجزء المتقدم بحيث انّ المتقدم تحقق صحيحا وتام العيار وكان المؤثر فى ذلك هو الجزء المتاخر مع انه لم يتحقق فان كل جزء من الاجزاء اللاحقة فى الصلوة دخيلة فى صحتها و اما الثانى فكون الامر المتأخر من شرائط الامر المتقدم لا من اجزائه ومقوماته وهذا كدخالة اغسال المستحاضة فى صحّة صومها ، فانّ صحّة صوم الجزء المتقدم من طلوع الفجر مشروط بغسلها بعد الفجر بناء على كونه بعد الفجر - كما هو الحق - وصحة الصوم قبل الظهر مشروط بغسلها بعد الظهر وصحة صوم اليوم مشروط بغسلها بعد المغرب عند بعض وان كان نادرا بخلاف الاولين فان فى جميع ذلك قد اثر الامر المتأخر فى صحة المشروط المتقدم الا ان الكشف بهذا المعنى غير معقول فى كلا القسمين ، فانّه كيف يعقل تحقق المشروط على ما هو عليه من دون تطرّق نقص عليه مع عدم تحقق شرطه الا بعد مدة وليس هذا الا التناقض الواضح فان معنى تحقق المشروط على ما هو عليه من التماميّة والصحة عدم دخالة شئ فيه من الامور المتقدمة والمتأخرة ومعنى دخالته عدم تماميّة المشروط وتحققه على وجهه بتمامه وكماله وهل هذا الا التناقض الواضح ؟ و من هنا قال بعض الاكابر : انّ الالتزام بدخالة الامر المتأخر فى الامر المتقدم ليس الا الالتزام بعدم استحالة التناقض فى الشرعيّات

واما الامثلة المذكورة ، فشئ منها لايكون دليلا على صحة ما

توهم و سيأتى الوجه فى صحتها وعدم ارتباطها لهذا الوجه ٠

الثالث : ان يكون المؤثر فى الامر المتقدم هو وصف التعقب من غير ان يكون المشروط متقدما و الشرط متاخرا و يكون الامر المتاخر كاشفا عن تحقق الامر المتقدم صحيحا و تماما و لا يكون له تأثير فى الامر المتقدم بل يكون معرفا محضا نظير الامثلة المتقدمة من الصلوة و اغسال المستحاضة فى صحة الصوم ، فانّ الدخيل فى صحة الصلوة وصف تعقب كلّ جزء السابق بالجزء اللاحق و فى صحة الصوم تعقب كلّ جزء متقدم من اليوم غسل المستحاضة و يكون ما نحن فيه ايضا كذلك فتكون تعقب العقد بالاجازة دخيلا فى صحة العقد ٠

و هذا المعنى و ان كان له وجه وجيه فى دخالة الاجزاء اللاحقة فى الاجزاء السابقة فى الصلوة كما حقق ذلك فى محله ، و لكنه لا دليل على جريانه فى المقام ، فانه لا دليل على دخالة الرضا المتأخر فى صحة العقد المتقدم بعنوان التعقب ، فانّ مقتضى عدم جواز التصرف فى مال الغير ما لم يكن مقرونا برضا المالك محكم فالعقد الواقع فضولا ليس مقرونا بالرضا حين وقوعه فلا يمكن القول بحصول الملكيّة قبل الامضاء و الاجازة و الا لجاز التصرف فيه و اذن فيكون ذلك تصرفا فى مال الغير بدون الرضا فيكون حراما ٠

على انّ مقتضى قوله تعالى « الا ان تكون تجارة عن تراض » ، عدم حصول الملكية و التجارة الا بالتراضى و الرضا ، فلا شبهة انّ العقد الفضولى حين وقوعه و تحققه ليس واقعا عن تراض و رضاية حتى يحصل الملكيّة بذلك ٠

و بالجملة : ان هذه الوجوه بين ما تكون مستحيلة ثبوتا و

اثباتا ، و بين ما يكون ممكنا ثبوتا و غير محقق اثباتا ٠

ثم انّ هنا وجها رابعا نقله شيخنا الاستاذ عن المحقق الرشتى من « انّ الاجازة كاشفة عن الرضا التقديرى بمعنى انها تكشف عن رضا المالك ان التفت الى العقد و الرّضا المعتبر فى العقد هو الاعم من الحقيقى الفعلى و التقديرى »٠

و فيه : انّ هذا من عجائب الكلام ، فانّه مضافا الى ما تقدم من انّ الرضا المقارن للعقد لا يكون مخرجا للعقد الفضولى عن الفضولية فكيف بالرضا التقديرى ؟ و من هنا قلنا انه لو التفت الفضولى برضاية المالك على البيع او الشراء ، فلا يكون ذلك موجبا لعدم كون العقد فضوليّا فانّه ربّما لا يكون المالك راضيا بالعقد حين تحققه بل لو كان ملتفتا اليه لكان قاهرا على الفضولى لكونه ذا مفسدة عنده فى ذلك الوقت بخلافه حين الاجازة ، فيكون العقد عنده ذا مصلحة فيرضى به اذن فكيف يمكن ان تكون الاجازه كاشفة عن الرضا التقديرى ؟ على انّه لا دليل على كون الاجازة كاشفة عن الرضا التقديرى بوجه بل هو تخيل محض و رجم بالغيب كما هو واضح على المتامل ٠

فتحصل : انّ الكشف الحقيقى بحيث يكون الملكيّة مثلا موجودة قبل الاجازة و تكون الاجازة مؤثرة فيه اما بنحو الشرطية او بنحو التعقب او لا تكون مؤثرة فيها بل معرّفة محضة لا وجه له بوجه ٠

الوجه الثانى من طرق الكشف الحقيقى ايضا ما اشار اليه المحقق و الشهيد الثانيان - على ما حكى عنهما - من انّ الاجازة متعلقة بالعقل فهو رضى بمضمونه و ليس الا نقل العوضين من حينه ومحصل ذلك انّ الرضا من الاوصاف التعلقية و الصفات النفسانية ذات الاضافه

ولها تحقق وتكوّن فى صقع النفس ولها بحسب نفسها فى ذلك العالم ماهيّة ووجود وتوجد بخالقية النفس ومع ذلك لابدّ وان تضاف الى شئ ويتعلق به حتى يكون ذلك الشئ متعلقة نظير العلم ونحوه من سائر الصفات النفسيّة ذات اضافة والافيلزم تحققها بدون متعلقها وهو خلف ومناقضه اذن فاصل الملكيّة التى متعلق الرضا قد تحققت ووجدت بواسطة العقد والرضا انّما تعلق حين ـ الاجازة والامضاء من المالك بتلك الملكيّة الموجودة فى زمان العقد والا فيلزم ان لايكون للاجازة والرضا متعلق مع انا فرضنا كونه من الاوصاف التعلقيّة .

وقد اورد عليه العلامة الانصارى وتبعه جملة من الاعلام و منهم شيخنا الاستاذ بوجهين :

الاول : ان المنشأ عبارة عن مضمون العقد من الملكية فى باب البيع والزوجية فى باب النكاح وهكذا وهوغير مقيد بزمان لتكون الملكيّة الحاصلة بالعقد مقيدة بزمان العقد وحاصلة من حينه بل مضمونه عبارة عن طبيعى النقل ، فبالاجازة تقع الملكية فى زمان النقل ، نعم حيث انّ المنشاء والانشاء من الامور الزمانية فيكون التقيد بذلك بالعرض والقهر وما نحن فيه ليس كالايجاب فى العقود فانّه ليس الا ايجاب اصل الايجاد دون الايجاد المقيّد بزمانه والا يلزم حصول الملكيّة مثلا قبل القبول مع انه باطل لعدم كونه من الايقاعات بل هى كسائر مضامين العقد تحصل بعد القبول و هذا يكشف عن عدم تقيّد مضمون العقد بزمان الايجاب .

وبالجملة انّ مضمون العقد ليس مقيّدا بزمان وانّما الزمان ظرف

له لكون ذلك المضمون من الزّمانيّات فيكون الملكيّة بعد الاجازة ٠

وفيه : انّه لوكان الانشاء بمعنى ايجاد المعنى باللفظ لكان لذلك الاشكال وجه ، بدعوى انّ المنشئ انّما ينشئ مضمون العقد و يوجده على نحو اللا بشرطيّة من غير تقيّيده بقيد من الزمان و غيره واما بناء على ما حققناه واخترناه فى معنى الانشاء من انّه عبارة عن الاعتبار النفسانية واظهاره بمبرز من المبرزات فعليّا او قوليّا فلا وجه لذلك الاشكال بوجه ٠

وذلك لما حققناه فى الاصول من ان الاهمال فى الواقعيّات من المستحيلات الاوليّة ، وانّ الامور الواقعية لايعقل ان تكون عارية عن الاطلاق او التقييد بل لابدّ امّا وان تكون فى موطنها اما مطلقا او مقيدة ، فالذى يوجد امرا و يعلم بما يوجد لايعقل ان لا يعلم بكونه مطلقا او مقيّدا ، اذن ، فالمعتبر لمضمون العقد فى عالم نفسه امّا ان يعتبره مطلقة وغير مقيدة بقيد و شرط او مقيدة بهما ، فحيث لم يكن مقيّدا فقهرا يكون مطلقا من غير ان يكون مقيّدا بحصوله بعد الاجازة بل من حين العقد فبالعقد تحصل الملكيّة المطلقة الدائمية كماهو واضح فتكون الاجازة متعلقة بتلك الملكيّة المستمرة فيكون اعتبار الملكيّة من الاول ٠

واما النقض بالقبول ، فهو باطل من اصله ، وغير مربوط بالمقام فانّ مضمون العقد ما لم يتحقق القبول لايحصل بالانشاء والايجاب المحض وانّما هو بالقبول والا فلا يتحقق عنوان العقد الذى قوامه بالايجاب والقبول ، ومن هنا قلنا : انّ الايجاب انّما يتحقق على تقدير القبول والتعليق مما لابدّ منه وان لم يصرّح به و قلنا فى

احكام الصيغة انّ مثل هذا التعليق لايضرّ بصحة العقدلكونه راجعا الى ما يتوقف صحة العقد عليه و هذا بخلاف ما نحن فيه فانّ العقد قد تم بالايجاب و القبول الفضوليّين و انّما يتوقف نفوذه و مضيّة على اجازة المالك ، فلا يقاس ذلك بالايجاب المحض .

و الذى يوضح ذلك انّه لوآجر الفضولى دار احد للغيرالىسنة فاجازة المالك بعد شهرين فلا شبهة فى صحة ذلك معانّ متعلق الإجارة مقيّد و هكذا العقد المنقطع ، فيعلم من ذلك انّ المنشأ فى العقد الفضولى ليس مهملا فيكون المقام على عكس باب الوصية ، فانّه تحصل الملكيّة بعد الموت مع انّ الانشاء متقدم عليه فلوكان المنشأ مطلقا لكان لازمه الالتزام بحصولها قبل الموت ، وعلى هذا فلا محذور فى المقام للالتزام بحصول الملكيّةقبل الاجازة فان باب الوصيّة مع ما نحن فيه من هذه الجهة مشتركة .

الاشكال الثانى : انّه سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل من حينه و لكن لابمعنى انّ وقوعه فى الحين جزء لمدلوله حتى يقال ليس معنى بعت ، اوجدت البيع فى الحال بل بمعنى انّ وقوع الانشاء فى الحال يقتضى تحقق منشأه حالا و تحقق مضمون العقد بالفعل ولكنه مع ذلك لايقتضى تحقق السبب التام حال العقد و حصول مضمونه حينه ، و ذلك لانّه لم يدل دليل على امضاء الشارع العقد على هذا الوجه بحيث تكون الملكيّة حاصلة قبل الاجازة لانّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف متوجه الى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر و من المعلوم انّ المالك لايصيرعاقد او بمنزلته الا بعد الاجازة فلا يجب الوفاء الا بعدها ، و من المعلوم انّ الملك الشرعى يتبع

الحكم الشرعى فما دام لايجب الوفاء ، فلا ملك كما انّه ما لم يتحقق القبول لايتحقق مضمون العقد بالايجاب المجرّد ۰

و بعبارة اخرى لو سلمنا حصول الملكيّة من زمان العقدوتحقق النقل به الا انّ الملكيّة الشرعية لاتحصل الا بالاجازة فيكون النقل المالكى الشرعى من زمان الاجازة اذن ، فلا معنى للكشف لحصول الملكيّة بتمام المعنى من حين الاجازة ۰

وفيه : انّ الاجازة تكشف عن تحقق الاعتبار حين العقدوان الشارع يمضى بالاجازة ايضا من الاول كما هو مقتضى الاطلاقات و- العمومات من ﴿ اوفوا بالعقود و احلّ اللّه البيع ﴾ وغيرهما من غير ان يكون بعنوان الكشف الحقيقى او الحكمى فانّ النقل انّما حصل بالعقد مطلقا كما عرفت فى الجواب الاول لامهملا كما قد يكون حاصلا مقيدا ايضا كما فى الاجازة و النكاح المنقطع و ليس ذلك كشفا حقيقيا كما تقدم فانّه لايعقل تحقق النقل قبل تحقق سببه و لاكشفا حكميّا - كما التزم به المصنف - من الحكم بحصول النقل حكما و تنزيلا فانّه و ان كان صحيحا الا انّه فيما لم يكن طريق صحيح للحكم بحصول الملكيّة و النقل الصحيح قبل الاجازة غاية الامر يكون حصولها بالاجازة وامّا مع وجوده كما سنذكره فلا ملزم للاخذ بما ذهب اليه المصنف ۰

و توضيح ذلك انّه ذكرنا فى الاصول انّ الامور الاعتباريه لاوعاء لها الا ظرف اعتبارها سواء كان المعتبر من الامور الخارجيّة او لم يكن كذلك مثلا لو اعتبر احد ملكيّة داره لشخص ، فيكون وجوده فى عالم الاعتبار فقط و هكذا لو اعتبر زيدا موجودا فيكون ذلك موجودا فى عالم الاعتبار و قائما به ولو كان ذلك المعتبر من الامور الخارجيّة فان الوجود

الاعتبارى سنخ وجود غير مربوط بالوجودات الخارجية لانّ الموجود الخارجى ليس واردا بعالم الاعتبار فانّ الوجود الذهنى غير الوُجود الخارجى كما حقق فى محله ·

و بالجملة فوعاء الوجودات الاعتبارية ليس الا عالم الاعتبار فتوجد بمجرّد الاعتبار لكونها خفيف المئونة من غير احتياج الى مبادى الوجود الخارجية ·

اذا عرفت ذلك :

فنقول : انّ الاعتبار تارة يتعلق بالامر الحالى فيعتبر المعتبر ملكيّة داره مثلا لشخص فى الحال الحاضر كما اذا باع داره من زيد بالفعل من غير ترقب و تأخر لانّ الاعتبار و المعتبر كلاهما فعلىّ ، و اخرى يتعلق بامر استقبالى كاعتبار الملكيّة لشخص بعد مدة كما فى باب الوصية حيث يعتبر الموصى ملكيّة الموصى به للموصى له بعد موته و وفاته فالاعتبار حالى و المعتبر استقبالى ، و ثالثة يتعلق بالامر الماضى بان يعتبر ملكيّة ماله لزيد من الامس فلو لم تكن الارتكازات العرفية على خلافه لحكمنا بجواز ذلك البيع ايضا و كان المال ملك المشترى من الامس فانّه ليس فى ذلك محذور عقلى او شرعى بوجه ·

فاذا جاز تعلّق الاعتبار بكل من الامور الثلثة الحاليّة والاستقبالية و الماضية فلا محذور للالتزام بتعلق اعتبار الملكيّة فى باب الفضولى بامر متقدم فيكون الاجازة اعتبارا للملكيّة من زمان العقد التى قد اعتبرها الفضوليان فهذا من حيث الاجازة من قبل تعلّق الاعتبار بالامر المتقدم و من جهة تحقق العقد من الفضوليين فاصل اعتبار الملكيّة فعلىّ و لكن المعتبر تحقق بعد الاجازة و لا يضر التعليق على

صحته ۰

و بعبارة اخرى فحيث جاز تعلّق الاعتبار بامر متقدم فى عالم الاعتبار كبيع الدار من امس مثلا فجاز اعتبار الملكيّة لاحد قبل سنين، و لكن حيث قام الارتكاز على خلافه فى البيع و الشراء فلانقول بذلك فيهما و اما فى الاجازة ، فلا محذور فيه بوجه و فى باب الفضولى حصل الاعتبار من البايع و المشترى و تحقق البيع بالحمل الشايع فى الخارج و لكن كان نفوذه متوقفا على اجازة المالك فالمبيع او الثمن ملك لمالكهما و بالاجازة كشفنا حصول الملكيّة لكل من البايع و المشترى من حين الاعتبار و العقد بحيث كان كلّ منهما مالكا لصاحبهما الى هذا الزمان ، و فى هذا الزمان صار ملكا للآخر بالاجازة من اوّل الامر حقيقة فانّ بالاجازة انضم العقد السابق الذى انوجد بالفضوليين بالمالك ، فصار البيع بيعه و الشراء شرائه اذن فيشمل على ذلك البيع العمومات الدالة على صحة البيع من اوفوا بالعقود و احل الله البيع و تجارة عن تراض ۰

و بالجملة بعد القول بتحقق الاعتبار قبل الاجازة فمقتضى - العمومات نحكم بالصحة و كونه بيعا صحيحا للمالك لانضمامه اليه بالاجازة لا ان الاجازة كشف عن انّ الملكيّة كانت حاصلة من الاول بل الاجازة اوجبت حصول الملكيّة فعلا اذن فيترتب عليه اثار الملكيّة من الاول و على هذا فلا تكون مضطرا للميل الى ما ذهب اليه المصنف من الالتزام بالكشف الحكمى حيث انّه فيما لم يكن لنا طريق على طبق ماتقتضيه القواعد و ليس هذا مثل الواجب التعليقى فان فى الواجب التعليقى انشاء الوجوب فعلى و الواجب متأخر بخلافه هنا فانّ الموجود فى

المقام ليس الا الاعتبار و امّا الملكيّة فتحصل بعد الاجازة فيكون نظير التعليق غاية الامرانه باطل فى العقود لامن جهة الاجازة .

وقد اشكل على ذلك شيخنا الاستاد بانّه لايعقل توجه الحكمين المتضادين الى متعلق واحد وان كان زمان الحكم متعددا فانّه لا يعقل ان يكون المال الواحد فى زمان واحد ملكا لشخصين وان كان زمان الحكم بملكيّة احدهما مغائر الزمان الحكم بملكيّة الآخر و ليس ذلك الا مناقضة واضحة وقد ذكر ذلك ايضا فى الخروج عن الارض المغصوبه من انّه لايعقل الحكم بوجوب الخروج مع كونه حراما قبل الدخول لكونه متناقضة ولوكان زمان الحكم متعددا نعم يجرى ذلك فى حق غير العالم بالغيب ممّن يجرى فى حقه البداء واما فى حقه تعالى فلا يعقل ذلك بوجه .

وفيه : انّ هذا متين فى الاحكام التكليفيّة لكونه لغواًمحضا دون الاحكام الوضعية فانّ قوامها باعتبار المعتبر فهو خفيف المئونة فلا مانع من اعتبار ملكيّة المبيع مثلا لمالكه الاصلى الى زمان الاجازة و باعتبار ملكيّته للمشترى من زمان العقد ايضا بالاجازة والرضا فانّه ايضا اعتبار الملكيّة من المالك للبايع او المشترى ولامانع من ذلك بوجه وان كان نفس ذلك موضوعا للاحكام التكليفية ايض فانه لا باس به وانما المحذور فى نفس الاحكام التكليفية من اللغوية والمناقضة لكونها ناشئة عن المصالح والمفاسد فى متعلقها على المعروف اوعن المصالح فى الاغراض فلا يمكن ان يكون هنا فى شئ واحد مصلحة و مفسدة يستدعيان الحكم المتناقضين اوغرضين كذلك كما هو واضح لايخفى .

وبعبارة اخرى ان الامورات الوجودية على اقسام ثلثة :

الاول : ما يكون من قبيل الجواهر التى لا تحتاج فى وجودها الى موضوع ۰

والثانى : ما يكون من قبيل الاعراض التى اذا وجدت تحتاج فى ذلك الى الموضوع فهذين القسمين وجودات تاصلية فجميع احكام الوجود التاصلى واثارها يترتب عليهما فلايمكن مع تحققها وتاصلهافى الخارج طرّوالعدم عليها بالاعتبار والا يلزم اجتماع النقيضين ۰

الثالث : الوجودات الاعتبارية فقوامها وتحققها فى وعائها انما يكون بالاعتبار فلا يترتب عليه شئ من اثار الوجودات الخارجية وكما وجودها بالاعتبار وهكذا عدمها وكما يمكن فرضها واعتبارها فى وقت خاص على نحو خاص وهكذا يمكن اعتبارها فى زمان آخر فى ذلك الوقت الخاص الذى اعتبر فيه على نحو خاص على نحو آخر من غير ان يلزم فيه شئ من اجتماع النقيضين او الضدين وهذا بخلاف الوجودات المتاصلة فانّه بعد تحققها وتكوّنها فى الخارج على طبق ما عليه ماهيتها وبخواصها لا يمكن الحكم عليها بالعدم او باعتبارها على نحو آخر والا يلزم اجتماع النقيضين او الضدين او المثلين ۰

والسر فى ذلك انّ الامورات التاصليّة لا تختلف بالاعتبار وهذا بخلاف الاعتباريات فانّ قوامها وجودا وعدما ليس الا بالاعتبار غاية الامران يكون الاعتبار فيه مصلحة لئلا يلزم اللغوية ۰

اذا عرفت ذلك ۰

فنقول : ان الملكيّة ليست من الوجودات المتاصلة جوهراً كان اوعرضا بل هى من الامور الاعتبارية اذن فيختلف ذلك بالاعتبار

فلا يلزم شئ من المحذورات غير اللغوية اذا لم يكن الاعتبار عن مصلحة وعلى هذا ففى باب الفضولى انّ الفضوليين اذا عاملامعاملة فاعتبرا مالكية كلّ من العوضين الذين لغيرهما لمالكه الاخر و عقدا على ذلك فيكون اعتبار ملكيّته فى العرف و الشرع بالفعل مع مالكهما الاصلية لعدم كون ذلك العقد حين تحققه برضاية مالك العين مع كونها من شرائط البيع ليكون تجارة عن تراض و يكون تأثير ذلك العقد معلقا على اجازة المالك ولايضرها مثل هذا التعليق لعدم شمول الاجماع القائم على بطلان التعليق فى باب العقود على مثل ذلك فانّه من شرائط صحة العقد فان لم يجز المالك ذلك العقد فيبقى الاعتبار الاول على حاله فيلغو العقد الذى اوقعه الفضوليّان وان اجاز المالك ذلك فيكون حين الاجازة والامضاء معتبرا لملكية ماله لشخص آخر من الاول وحين العقد على النحو الذى اعتبره الفضوليّان بحيث لم يكن ذلك الغير الى الان مالكا للعين بل كانت ملكا لمالكها و بالفعل صار ذلك ملكا المشترى ان كان اصيلا او من له الشرى ان كان فضوليّا مالكا من الاول فلامانع فى ذلك انكان فيه مصلحة فكانت المصلحة تقتضى الى الان صحة اعتبار الملكية للمالك الاصلى ومن الآن للمشترى مثلا من الاول فان الاعتبار بعد ما كان خفيفة المئونة و لم يكن لغوا صحّ تعلّقه على متعلق واحد على نحوين متنافين فى زمانين و بعد ذلك الامضاء يتوجه ادلّة صحة البيع من الاول فانّ موضوع تلك الادلة كانت متحققة الّا من جهة انتفاع الاجازة و عدم تحققها و بعد التحقق يتم الموضوع فتكون ادلة الصحة محكمة .

ومن هنا يندفع ما ذكره شيخنا الاستاذ من عدم امكان اجتماع

حكمين متنافيين فى متعلق واحد وان كان الزمان متعددا بل المناط فى صحة الاجتماع هو تعدد المتعلق وذكر ذلك ايضا فى الخروج عن الارض المغصوبة ٠

ووجه الاندفاع انّه فى باب التكاليف كما ذكر لكونها ناشئة من المصالح والمفاسد عن المتعلق او الغرض بخلافه هنا فان قوام الاحكام الوضعية ليس الا باعتبار المعتبر فلامحذور فى توجه اعتبارين على متعلق واحد كما لايخفى ، وبهذا تم الكشف الذى نقول به فى باب الفضولى وهذا المعنى اوضح فى باب الاجازة والنكاح المنقطع فانّه اذا اجاز المالك او الزوج ذلك العقد بعد شهر، فيكون الاجازة الواقعة على الدار مثلا سنة او النكاح الى سنة صحيحا من الاول فانّه بناء على صحة الفضولى لم يستشكل احد فى صحة ذلك مع انّه لم يتحقق هنا بالاجازة عقد اجارة اوعقد نكاح ٠

وربّما يشكل على ما ذكرنا بانّه انّما يتمّ ذلك فى القضايا الخارجية سواء كانت صادرة من الموالى العرفية او من المولى الحقيقى وامّا فى القضايا الحقيقية التى على نسقها الاحكام الشرعية ، فانّ جميع المجعولات الشرعية اوجلّها على نحو القضايا الحقيقية فلا يتم هذا البيان وذلك فانّ كلامنا فى حصول الملكية واعتبارها ليس الا فى الملكية الشرعية فانّه هو الذى كان محل النزاع فى المقام من انّه حاصلة ام لا والا فالملكية فى اعتبار المتعاقدين الفضوليين قد حصلت قطعا ٠

واذن فان كان المراد من اعتبار الملكية الشرعية اعتباره من حين العقد فقد حصل من الاول قطعا وذلك لانّه بعد فرض كون

الاعتبارات الشرعية من قبيل القضايا الحقيقية ، فهى حاصلة قبل وجود المتعاقدين بل قبل خلق هذه الامة او الخلق فان علمه عندالله فلا يتوقف ذلك الا على تحقق الموضوع كما فى سائر القضايا الحقيقية الشرعية وغيرها مثلا وجوب الحج مجعول من الاول لكلّ من يكون مستطيعا فالمكلّف انّما يكون موضوعا لذلك الحكم بالاستطاعة لا انّه يجعل الحكم له بالفعل وكذلك جعل الحكم بنجاسة البول بالقضية الحقيقية ، فاذا وجد البول فيحكم بنجاسته ولا يترتب ذلك الحكم على غيره كالعرف وان كان فيه اجزاء البول ايضا وهكذافى المقام فاذا فرضنا كون موضوع الملكية الشرعية هو العقد فقط من اىّ شخص تحقق مع رضاية المالك وان كان ذلك متاخرا فيكون مثل الواجب المشروط فتكون الملكية حاصلة حين العقد متوقفا على الاجازة المتاخرة ، وان كان المراد من حصولها اى الملكية بعدالاجازة فانّ بالاجازة يتم موضوع الملكية فتكون حاصلة من حين الاجازة دون قبلها فعلى الاول يكون كشفا وعلى الثانى يكون نقلا فلا واسطة فى البين ليكون وجها آخر .

وفيه اولا انه لادليل لنا لاثبات الملكية الشرعية حتى يشكل بمثل ما مرّ بل ما للشارع هو الحكم على الموضوع الخارج من التقديرية الى الفعلية فعند المعاملة وتحققها فى نظر العرف فيحكم الشارع على طبق العرف ولاشبهة انّ العرف يرى البيع الفضولى معاملة صحيحة فبالامضاء والرضا من المجيز المالك يتحقق الملكية من اول الامر نعم فى بعض الموارد يحكم الشارع على الملكية وان لم يفهم العرف ذلك كما فى باب الارث فان الوارث يرث لما تركه مورثه .

و بالجملة لاحكم للشارع فى باب المعاملات تاسيسيّا بحيث - يعتبر الملكيّة عند البيع للبايع او المشترى كاعتبار المتعاملين ذلك بل الشارع انّما يحكم على طبق ما يحكم به العرف و المتعاملان على حسب اعتبارهم بحيث يكون ما يرون العرف موجبا للملكيّة و محصلا لها موضوعا لحكمه بالملكيّة ايضا الا فى مقام التخطأة كبيع المنابذة والملامسه و الحصاة و بيع الربوى ، فحيث انّ العرف لايرى بأسا فى امضاء المجيز و اعتباره الملكية من زمان العقد فيكون الشارع ايضا حاكما على طبق ذلك و يتوجه عموما صحة البيع و اطلاقاته عليه لكونها ناظرة على ما يرونه العرف معاملة ، فلا شبهة فى كون بيع الفضولى مع تلك الاجازة معاملة و تجارة عن تراض عند العرف .

و بالجملة لامحذور فى ما ذكرنا اثباتا و ثبوتا .

و ثانيا سلّمنا انّ الشارع قد حكم بالملكيّة و له حكم فى ذلك و لكنه حكم بمالكيّة المجيز الثمن اذا كان بايعا و المثمن اذا كان مشتريا من زمان الاجازة على النحو الذى ذكرنا فانّه بعد البناء على صحة الفضولى و اثبات عدم تمامية الكشف الحقيقى بغير الذى ذكرنا من المعرضية المحضة و تأثير الامر المتأخر فى الامر المتقدم او عنوان التعقب اما لعدم معقوليتها او لعدم تمامية دليل الاثبات الذى هى نتيجة القول بالكشف الحكمى فلابدّ لنا من الالتزام بما ذكرنا و الا نلتزم - بالكشف الحكمى على ما ذكره المصنف حتى يمكن لنا التفصى عن العجز من توجيه ما ظهوره فى الكشف صونا له من اللغوية مع انّه ايضا تمام كما سنتعرض له بخلاف ما ذكر فانّه تمام ثبوتا و الدليل موجود عليه اثباتا .

بل ادلة صحة البيع الفضولى ظاهرة فى الكشف كرواية قيس وغيرها ويأتى بيان ذلك فى بيان ثمرة القول بالكشف او النقل فى ضمن ردّ كلام شيخنا الاستاذ بناء على تماميّتها خصوصا الروايات الواردة فى التزويج من انّه اذا مات احد الزوجين الذى عقد عليهما فضولة سواء كانا ذلك الزوجين صغيرين اوكبيرين فمات احدهما فيستحلف احدهما على رضايته بالنكاح لو لم يمت الزوج الاخر ثم يرث فان ذلك صريح فى صحة النكاح الفضولى على الكشف غاية الامر انّها مطلقة بالنسبة الى اقسام الكشف ولكن حيث عرفت انّ المعرضية المحضة وعدم دخالة الاجازة فى صحة العقد باطل لصراحة الآية فى اشتراط صحة التجارة بالرضاية من المالك والالتزام بتاثير الاجازة المتاخرة فى الملكيّة المتقدمة مستحيل والالتزام بالتعقب لاوجه له ولادليل عليه فالكشف الحكمى فى نفسه غير معقول كما سيأتى فيتعين ماذكرنا فيكون هو المراد من الرواية مع ان اصالة عدم الاجازة جارية هنا فاىّ شئ اوجب الخروج من هذا الاصل فان لم يكن الكشف تماما لم يكن للنقل معنى فى حال الموت كما هو واضح .

ثم بقى هنا شئ وهو انه ربّما يقال بظهور هذه الروايات الواردة فى النكاح الفضولى فى الكشف الحقيقى ، فانّه لو لم يكن كذلك لم يكن معنى لعزل النصيب من الاول وانتظار الاجازة الى ان يستحلف بانّه لو لم يمت الزوج الاخر ايضا لكان راضيا بالعقد ـ فعزل النصيب قبل الاجازة ظاهر فى الكشف الحقيقى الذى فرضتم ذلك غير معقول .

وفيه : انّ عزل النصيب لايدل على ذلك بل هو للاحتياط

فى باب الاموال فيكون ذلك مانعا عن جريان الاصل كما اشار اليه فى المتن وله نظير فى باب الارث من غيران يكون مختصا بهذا المورد كما اذا مات احد وكانت زوجية حاملة ، فانّه عزل هنا نصيب الذكرين احتياطا فى الاموال مع انّه ليس هذا النصيب مملوكا الا احتمالا لعدم اليقين بانّ الزوجة تلد ذكرين .

وبالجملة الاحتياط الشديد فى باب الاموال لئلا يفوت حق احد على غير الوجه الشرعى واهميّة الشارع بذلك ، اوجب عزل النصيب فيما ذكرو هذا لايوجب اثبات الكشف الحقيقى فافهم .

والحاصل انّك قد عرفت انّ الكشف الحقيقى على اقسامها غير ما ذكرنا اما مستحيل اولا دليل على صحته فى مقام الاثبات .

ثم انّ فخر المحققين حكم بالكشف الحقيقى بدعوى انّ العقد حال الاجازة معدوم ، فلو قلنا بالنقل للزم تأثير امر المعدوم اعنى العقد فى الامر الموجود اعنى الملكيّة وقد طبق ذلك بالفلسفة كما هو دابه فى بعض الفروع الفقهية .

وفيه : اولا انّ ما نحن فيه ليس من قبيل العلة والمعلول التامين بل من قبيل جزء السبب ، فيجوز فى ذلك تأثير الامر المعدوم فى الموجود فى التكوينيات فانّ الاسباب والمعددات للشئ توجد تدريجا وتنعدم فيترتب عليه المسبب بعد ذلك كالقتل فانّ اسبابه توجد ويترتب عليه الموت بعد مدة وهكذا غيره فاذا كان فى التكوينيات كذلك فكيف لك انكاره فى التشريعيات ؟ نعم فى العلية والمعلولية التامتين لايمكن الانفكاك كاالتحريك بالنسبة الى تحرّك المفتاح فانّ الفصل لايعقل الا بتخلل الفاء فى اللفظ فقط على انّه يرد عليه

النقض بالايجاب و القبول فان الايجاب قد يتحقق و ينعدم الى زمان القبول و بالوصية فانّها تنعدم عند الموت مع انّه لم يستشكل احدفى تاثيرهما فى الملكيّة بل لازم ذلك انكار شرطية القبض لصحة بيع الصرف و السلم لانعدام العقد الى زمان القبض فيلزم المحذور ·

و الحل فى الكل انّ العقد لاينعدم بل يبقى اعتبار المتعاقدين الى الابد ما لم يطرئه مزيل فانّه ليس عبارة عن اللفظ المجرّد لينعدم بمجرّد الحدوث بل هو الاعتبار النفسانى مع المظهر فيبقى ذلك عندهما وعند العرف ·

واما الكشف الحكمى الذى ذكره المصنف وقلنا اذا لم يتم ما ذكرناه من الكشف الحقيقى على النحو الذى سلكناه فلابد من الالتزام بما ذكره المصنف من الكشف الحكمى فمعناه كما فى المتن اجراء احكام الكشف بقدر الامكان مع عدم تحقق الملك فى الواقع الا بعد الاجازة بحيث يحكم باثبات آثار الكشف من اول الامر وحين العقد و لازم ذلك اثبات اثار الملكيّة من حين العقد و قد نقل المصنف هذا الوجه من استاده شريف العلماء ·

اقول : ان تنزيل شئ مقام شئ آخر يكون على انحاء ·

الاول : ان ينزّل الامر الواقعى التكوينى مقام امر واقعى تكوينى آخر كتنزيل الفقاع منزلة الخمر و تنزيل الطواف منزلة الصلوة و نحوهما الخ فيوجب التنزيل ترتيب اثار الصلوة على الطواف وآثار الخمر على الفقاع فلا يلزم المحذور فانّه لايلزم منه تشريع الحكم ·

الثانى : ان يكون التنزيل فى بعض الاثار مع كون المنزّل و المنزل عليه كليهما امرا تعبديّا كتنزيل من يراد زوجيته فى جواز

النظر اليها ، فان كل منهما امر تعبدى مع كون التنزيل فى بعض الاثار .

الثالث : ان يكون المنزّل عليه امرا تعبديّا مع كون التنزيل فى جميع الاثار نظير المقام حيث انّ اصل الملكية بعد اجازة المالك امر تعبدى ، فقد يحكم الشارع باجراء اثار الملكية عليه بعد العقد و كون جميع اثار الكشف مترتبا عليه فهذا لغو محض حيث انّ الحكم على هذا النحو و التنزيل كذلك ليس الا الحكم بالملكية الحقيقيّة و جعل الملكيّة فلا معنى لتسميته باسم التنزيل وهذا نظير تنزيل امساك الاعتكاف منزلة الصوم فى جميع الاثار مع عدم تسميته صوما و هكذا فافهم و تامّل .

(فى ثمرة النقل و الكشف)

قوله ا بقى الكلام فى بيان ثمرة بين الكشف الخ .

اقول : وقد ذكر المصنف فى ضمن اسطر ما لم نفهم معناه و لاندرى ماذا فهمنا منه سابقا فانّه ذكر اولا ـ على ما هو ظاهر كلامه ـ : انّه على القول بالكشف الحقيقى على نحو التعقب لو علم المشترى باجازة مالك المبيع العقد يجوز له التصرف فى المبيع لحصول شرطه فى الواقع و فى علم اللّه وقد صرّح بذلك قبل نصف صحيفة ناقلا فى البعض وقال : ا و التزام كون الشرط تعقب العقد بالاجازة لا نفس الاجازة فرارا عن لزوم تاخر الشرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الاجازة لو علم تحققها فيها بعد ا ا .

وفيه : انّه بناء على القول بالكشف الحقيقى لامعنى للفرق

بين الالتزام بالتعقب او تاثير الاجازة المتأخرة في المتقدم اوالعرفية المحضة فانّه على جميع التقادير تحصل الملكيّة من الاول كما هو معنى الكشف الحقيقى ، و بعد حصولها فلا وجه لمنع جواز التصرف بل على القول به يجوز التصرف مطلقا كما هو واضح لا يخفى ثم ذكر و اما الثمرة بين الكشف الحقيقى و الحكمى مع كون نفس الاجازة شرطا فيظهر فى مثل ما اذا وطى المشترى الجارية قبل اجازة مالكها فاجاز فانّ الوطى على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا لاصالة عدم الاجازةو حلال واقعا لكشف الاجازة عن وقوعه فى ملكه ولوا ولدها صارت ام ولد على الكشف الحقيقى و الحكمى لانّ مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك انتهى .

و هذا الذى لاندرى ماذا اراد منه المصنف فانّه مع حكمه على ما هو ظاهر كلامه بعدم جواز التصرف قبل اسطر على القول بالكشف الحقيقى الا فى صورة التعقب فكيف حكم بكون التصرف حلال واقعا فهل هذا الا التناقض ؟ و لعل والله العالم انّ هذا من سهو القلم .

و التحقيق ان يقال : انّه بناء على الكشف الحقيقى على جميع اقسامها غير ما ذكرنا يجوز التصرف فى المبيع و الثمن اذا علم انّ المجيز يجيز العقد لتحقق شرطه واقعا فلا يجرى هنا اصالة عدم الاجازة فيحكم بالجواز ظاهرا و واقعا و مع توليد الامة فتكون ام ولد و مع عدم العلم بالاجازة فيحرم التصرف فى الظاهر ويجوز فى الواقع و يكون حلالا على تقدير ان يجيز المالك و الا فيحرم فى الظاهر و الواقع و اما على ما ذكرنا من الكشف الحقيقى فلا يجوز التصرف فى

الظاهر و الواقع حتى مع العلم بالاجازة فان الفرض انّ الملكية تحصل بالاجازة فلا معنى لجواز التصرف قبله فى مال الغير بل يكون حراما و مع وطى الامة فيكون زنا فيحدّ و لا تكون الامة ام ولد ولو مع تحقق الاجازة فانّها لا يوجب انقلاب و اوقع حراما من واقعه و الشئ لا ينقلب عمّا هو عليه ٠

و اما على الكشف الحكمى فايضا لا يحكم بترتب اثار الملكيّة الا بعد الاجازة فانّ ما وقع من التصرفات قبل الاجازة فانما هى تصرفات غير مشروعة فلا ينقلب عمّا هو عليه بعد الاجازة حتى بحكم بترتب آثار الملكيّة عليه قبل الاجازة ايضا ٠

و الحاصل انّ الكلام فى بيان ثمرة القول بالكشف او النقل يقع فى جهات ٠

الاولى فى بيان الاحكام الخارجية الشرعية المترتبة على تصرفات المشترى او الاجنبى قبل الاجازة ٠

الثانية فى حكم تصرّفات المالك المجيز فى العين التى بيعت فضولة ٠

الثالثة فى تصرفاته فى نماء تلك العين ٠

الرابعة فى تصرفات ما انتقلت العين اليه ٠

اما الجهة الاولى : فاذا تصرّف المشترى او الاجنبى فى تلك العين فهل يترتب احكام الملكيّة على تصرّف المشترى واحكام العقد على تصرّف الاجنبى ام لا او يفرق بين الكشف الحقيقى فيحكم بالترتب و بين الكشف الحكمى فيحكم بعدم الترتب ؟ مثلا اذا اشترى امة فضولة فاستولدها اوزنى الاجنبى بها فهل تصير الامة على الاول

امّ ولد وزنى الاجنبى زنا بذلت البعل فيترتب على ذلك احكامهما ام لا ؟ فامّا على النقل فلا شبهة فى كون الزنا زنا بذات بعل و عدم كونها ام ولد بل كان وطى المشترى ايضا حراما تكليفا فانّ الاجازة الحاصلة بعد الوطى الواقع عن حرام لاتوجب انقلاب الحكم عن واقعه وجعل ما وقع حراما حلالا والشئ لاينقلب عمّا هو عليه و الاستيلاد المترتب على الوطى الحرام لايكون موجبا لصيرورة الامة المستولدة ام ولد كما لاشبهة فى انّه على الكشف الحقيقى على انحائه غير ما ذكرنا تكون الامة بالاستيلاد عن وطى المشترى قبل الاجازة امّ ولد وان كان الواطى جاهلا بوقوع الاجازة عن المالك المجيز فانّ التصرف انّما وقع فى ملكه ، فيكون نظير ما وقع الوطى على الامة بزعم انّها اجنبيّة فبانت مملوكة فانّه لو ولدت ولدا بهذاالوطى فتصير ذات ولد بذلك وعلى هذا فيكون وطى الغير بها زنا بذات بعل فتحرم عليه مؤبدة وهكذا الكلام فيما اذا عقد على امرأة فضولة فزنى بها احد قبل الاجازة ، فانّه يكون ذلك زنا بذات بعل على القول بالكشف فيترتب عليه احكامه وهذا بخلافه على النقل واماعلى الكشف الحقيقى بالمعنى الذى ذكرنا الذى هى نتيجة الكشف الحكمى وعلى الكشف الحكمى الذى ذكره المصنف فاختار بناء على الكشف الحكمى صيرورة الامة باستيلاد المشترى قبل الاجازة امّ ولد لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك ومعذلك حكم بحرمة الوطى تكليفا وعلى هذا ، فيكون وطى الغير لها زنا بذات بعل لازنا المجرد فتحرم عليه مؤبدة .

ثم احتمل تحقق الاستيلاد على الحكمى لعدم تحقق حدوث

الولد فی الملك وان حکم بملکیته للمشتری بعد ذلك وانکر ذلك شیخنا الاستاذ علیه ، فحکم بتحقق الاستیلاد بذلك .

والذی ینبغی ان یقال : انه علی الکشف الحقیقی بالمعنی الذی نقول عدم تحقق الاستیلاد بوطی المشتری قبل الاجازة کما انّ الواطی کان محرّما کما علیه المصنف ایضا ، فلایتحقق بذلك الاستیلاد ایضا وان زنا الغیر بها زنا بغیر ذات بعل .

وتوضیح ذلك انّه وان کان بحسب الثبوت والواقع ممکنا و لیس من المستحیلات العقلیة ولکن لادلیل علی تحقق الاستیلاد بوطی المشتری او کون زنا الغیر بها زنا بذات بعل فی مقام الاثبات فانّ ظاهر ادلّتها ان یکون المرئة حال الوطی مملوکة للواطی لتصیر بذلك امّ ولد وحال الوطی زنا بذات بعل یترتب علیه احکام الزنا بذات بعل والامر هنا لیس کذلك ، بل انّما هی مملوکة للغیر حقیقة بالفعل کما هو المفروض ، فیکون الزنا بغیر ذات بعل والاستیلاد عن وطی واقع علی غیر مملوکة وان کانت تصیر مملوکة بعد الاجازة حقیقة من زمان العقد علی ما ذکرنا او فی حکم المملوکة علی الکشف الحکمی ، والسرّفی ذلك انّ الاستیلاد لم یحدث فی الملك فانّ الوطی کان وقوعه وحدوثه فی ملك الغیر وان کانت الامة ملکا للمشتر بقاء ولعل هذا مراد المصنف من التعبیر بعدم حدوث الولد فی الملك فهل یتوهم احد انّه لو زنا رجل بامرئة خلّیة ثم صارت ذات بعل فیکون ذلك زنا بذات بعل او یکون الولد المتولد منها ولده او تصیر المراة امّ ولد لوکانت مملوکة فزنا بها احد ثم اشتراها فلا یختلط الحرام بالحلال .

وقد نزّل الامام عليه السلام ذلك بالثمر الذى يبيعه الانسان عن جزم ثم اشترى الحديقة فانّ حكم كلّ منهما غير مربوط بالاخر كما لا يخفى ، و مقامنا نظير ما ذكرنا فى كتاب الصلوة فى معنى الزيادة فى الفريضة وقلنا انّ ظاهر الادلة الدالة على ان الزيادة فى الفريضة توجب البطلان هو ان تكون الزيادة واقعة بعنوان الزيادة حين الاتيان بها و يتصف بذلك الوصف حين وقوعها وتحققها و يكون ذلك فى ذلك الوقت وصفا عنوانيّا زايداً لها لا ما يكون متصفا بذلك الوصف بعد وقوعها فلا تشمل عليه ادلة المبطلية مثلا اذا اراد المصلى ان يقول اياك فبداله وقال ايا فسكت ثم قال اياك فانّ ايّا وان وقعت زيادة الا انّه لم يقع كذلك حين وقوعه بهذا العنوان بل بعنوان انه واجب ثم صار كذلك و هكذا فانّ ادلة الزيادة فى الفريضة منصرفة عن ذلك وكك فيما نحن فيه فانّ الوطى الواقع على الامة قبل الاجازة انّما هو متّصف بكونه على غير ملكه و انمّا صار بعد الاجازة متصفا بكونه فى ملكه او ذات بعل فادلّة صيرورة الامة مستفادة بملك المالك اوكون الزنا بها زنى بذات بعل لاتشمل ذلك لظهورها فى فعليّة الاتصاف وكونهما كك حال الوطى لا بعده .

واما الجهة الثانية فهى فى حكم تصرفات مالك المجيز فى نفس العين فلو باع احد مال غيره فضولة و تصرف فيه المالك قبل الاجازة و العلم بذلك او مع العلم فهل يكون تصرّفه هذا رداً فعليا اولم يكن ردّا او يفصّل بين الكشف الحقيقى فيحكم بعدم نفوذ تصرفاته و بين الكشف الحكمى فيحكم بنفوذ تصرفاته ؟ وقد قرّب شيخنا الاستاذ نفوذ تصرّفات المالك المجيز فى العين مطلقا حتى على الكشف-

الحقیقی باقسامه ولوکانت الاجازة بعنوان المعرضیة حتی مع العلم بصدور الاجازة منه و مع ذلك لایبقی مجال لاجازة العقد الفضولی مثلا لو باع العین التی بیعت فضولة او اعتق العبد اوغیر ذلك من التصرفات او زوّجت الامرأة نفسها للغیر اصالة فانّ فی جمیع ذلك لایبقی موضوع للاجازة فانّها انّما ترد علی المحل القابل و بعد تزویج الزوجة نفسها من الغیر اصالة او نقل المالك العین عن ملکه لایبقی مجال لها فانّ ما هو متعلق الاجازة و موضوعها قد زالت و انعدمت فانّ هذه الاجازة لیست الا کاجازة الاجنبی فهل یتوهم احد انّ اجازة الاجنبی العقد الفضولی الذی صدر من الغیر یکون امضاء من قبل المالك ؟ فکك هنا فانّ المالك بعد نقل العین عن ملکه و ازالة علقة سلطنته صار کالاجانب فلا تکون اجازته مؤثرة فی ذلك ولا یقاس ذلك بالفسخ لانّه متعلق بالعقد و اما الاجازة فهی متعلقة بالعین فاذا ذهبت ترتفع موضوعها بخلاف الفسخ .

ثم نسب ذلك الی المصنف بناء علی کون النسخة لو باع امّ الولد کما اختار کونها کذلك و اما بناء علی سقوط امّ وکون النسخة لو باع الولد فلا یمکن نسبة ذلك الی الشیخ فانّ بیع الولد لاینافی مع امضاء عقد الفضولی الواقع علی الام .

و فیه : انّ ما افاده انّما یتم فی الزوجة فانّه بعد ما زوّجت المراة نفسها لغیر الذی زوجها الفضولی ایاه ، فلا شبهة فی بطلان العقد الاول وکون العقد الثانی ردا عملیا للعقد الاول و السّر فی ذلك انه بعد تزویج المراة نفسها من الزوج الآخر لا یبقی موضوع لاجازة العقد الاول و لا یکون هنا مجیز حتی یجیز العقد الفضولی

لانتفاء ركن العقد وقوامه وانعدام ما ينسب اليه العقد وينضم به بحيث يكون العقد عقده ويكون منسوبا اليه ٠

وبعبارة اخرى : قد حققنا فى الاصول فى وجه تقدم الامارات على الاصول انّ موضوع الاصول معلّق على عدم وجود الامارات فاذا تحققت الامارات وصارت منجزّة لايبقى مع ذلك موضوع للاصول وهكذا الامر فى كل امرين يكون الحكم فى احدهما تنجزيا وفى الاخر تعليقيا ، فانّ موضوع التعليقى يرتفع بوجود التنجيزى وفى المقام كذلك فانّ موضوع صحة العقد الاول الفضولى معلّق على بقاء المجيز بحيث يكون مع قطع النظر عن الاجازة مالكا للعقد والمعاملة ويقدر على الاجازة فاذا ارتفع ذلك الموضوع بوجود المعلّق عليه الذى يتوقف على عدمه صحة العقد الاول فلا يبقى مجال لصحته بالاجازة فحيث انّ صحة العقد الاول متوقفة على بقاء المجيز على حالته الاولية وكونه مالكا للاجازة وقد انعدم فى المقام فيحكم ببطلان العقد الاول بلا شبهة ٠

وبعبارة ثالثة : انّ العقد الفضولى انّما يحكم بصحته مقتضى العمومات اوالادلة الخاصة اذا انتسب ذلك العقد اى المالك ـ ليحكم عليه بانّه يجب عليك الوفاء به واما اذا انعدم ، فلا تشمل الاطلاقات والعمومات ذلك العقد ، فان معنى وجوب الوفاء بالعقد ليس انه يجب لكل شخص ان يفى بكل عقد حتى لو باع احد مال غيره فيجب عليه ان يفى بذلك بل هذا ونظائره خطاب لمالك العقد ولمن يكون العقد عقده فاذا انتفى المالك فلا يبقى موضوع لوجوب الوفاء بالعقد وغيره من الادلة الخاصة اوالعامة بل هذا

الذی ذكرنا هو من جملة المرتكذات الشرعية حيث انّ من البديهيّات فی عالم الشريعة انّه لو زوج احد امراة فضولة و لم تكن المراة عالمة بذلك فتزوج نفسها بزوج آخر وعرض العقد الاول اليه بعد سنين بحيث صارت كثيرة الاولاد و اجاز العقد الاول ، فهل يتوهم احد انّ جميع هذه الاولاد و الاستمتاعات وقعت شبهة ؟ و ليس كذلك قطعا هذا ما يرجع الى الزوجية .

و اما فی غير الزوجية فلا يتم ما ذكره شيخنا الاستاذ و ذلك لان تصرّف المالك فی المبيع من عتق الامة او العبد او بيعهما للغير او غير ذلك من التصرفات لا ينا فی العقد الاول و لا يوجب انعدام موضوع ذلك العقد لبقاء المجيز على قابليّة ان يجيز العقد الاول ومالكا لذلك قبل الاجازة فان قوام العقد الفضولی و بقائه لم يكن ببقاء العين و ان كان حين الحدوث من مقوّمات العقد .

و السّر فی ذلك انّ الاجازة و الرّد كالامضاء و الفسخ فی باب الخيارات يتعلقان بنفس العقد دون العين الخارجية كما ذهب اليه شيخنا الاستاذ و جعله وجه الفرق بين الاجازة و الفسخ .

غاية الامر انّ الفسخ رفع و الرّد دفع و الاجازة تنجيز و الامضاء وعدم الفسخ يثبت و الا فجميع ذلك متعلق بالعقد و هو مركز لجميع ذلك فيظهر ثمرة ذلك فيما بعد وعلى هذا فانتقال العين من ملك المالك المجيز الى غيره لا يوجب ارتفاع موضوع الاجازة و انتفاء قابلية المجيز بل هو باق على قابليته الاوليّة اذن ، فمقتضى الجمع بين جواز تصرفاته و نفوذه فی العين و بين وجوب الوفاء بالعقد بعد الاجازة و الامضاء ممن له ذلك هو الحكم بانتقال المبيع الى البدل .

و بعبارة اخرى : انّ ما ذكره الاستاذ يرجع الى ابداع المانع وانّ المانع من تاثير العقد الفضولى هو عدم تاثير اجازة المالك لسقوطها عن التاثير بمانعيّة انتقال العين من المالك الى غيره وهذا بخلاف ما ذكرنا فانّه يرجع الى منع المقتضى فانّه لامقتضى لحصول الملكيّة قبل الاجازة حتى يتوهم ذلك النزاع و البحث لانحصار حصول الملكيّة على القول بالكشف بالمعانى التى ذكروها و قد ذكرنا عدم صحتها لعدم وفاء الادلة على ذلك و ما يكون مقتضيا للصحة اعنى ادلة الصحة منعدم فى المقام ٠

و بعبارة اخرى نحن نقول : بصحة الفضولى على طريقة الكشف من باب عدم العلاج و الفرار عن صحة ادلة الفضولى فحيث انّ المتيقن منها صورة عدم التصرف فلا تبقى ادلة صحة الفضولى شاملة للمقام و هذا مرادنا من منع المقتضى ٠

و لكن الظاهر مع ذلك عدم صحة العقد الفضولى بعد تلك التصرفات و ان لم تكن موجبة لانتفاء قابليّة المجيز عن مجيزيته وذلك لانّ صحة ما ذكرنا متوقفة على القول بالكشف الحقيقى على غير ما ذكرنا و قد قلنا انّ جميعه بين ما يكون مستحيلا و بينما يكون خلاف ظواهر الادلة لانّ ادلة صحة العقد الفضولى لاتساعد على كون الملكيّة مثلا حاصلة من الاول فتكون الاجازة المتاخرة دخيلة فى ذلك بعنوان التعقب او معرّفا صرفا فانّ اخذ الاجازة و الرضا من شرائط صحة العقد ليس الا ظاهرا فى كونه شرطا مقارنا لحصول التجارة و الملكيّة و الزّوجية و نحوها كما لايخفى و مع ذلك لا يمكن صرف ادلة صحة الفضولى الى مثل هذا النحو من خلاف الظاهر

هنا ما وعدناك فى بيان طرق الكشف ·

و بعبارة اخرى انّ ادلة صحة العقد الفضولى و ان قلنا انها ظاهرة فى الكشف الا انّها تدل على صحة العقد الذى يكون متعارفا وعلى وفق مذاق العرف و الشرع و الذى يفهم العرف من لسان الادلة الشرعية هو ما يكون العقد مقارنا برضا المالك ومثل ذلك العقد يكون موءثرا فى النقل و الملكيّة و الزوجية و حيث ان العقد الفضولى حين وقوعه عادم لذلك الشرط فيكون تاثيره مراعى على حصوله فيكون موءثرا عند الحصول بحيث يكون شرطا مقارنا و ان كان موءثراً فى الملكيّة من زمان العقد ·

وعلى هذا ، فيكون ما هو محط البحث و مورد الثمرة بين ما ذكرنا و ما ذكره شيخنا الاستاذ فى الكشف الحكمى و الكشف الحقيقى بالمعنى الذى ذكرنا الذى هو نتيجة الكشف الحكمى ·

بيان ذلك انّه على الكشف الحقيقى بما ذكرنا والكشف الحكمى فيكون الامضاء المتاخر موجبا لحصول النقل من حين العقد حقيقة على ما ذكرنا اوحكما على الكشف الحكمى و هذا بحسب القواعد فان القاعدة تقتضى بعد تحقق الاجازة و شمول ادلة الصحة عليه لكونه عقد بالحمل الشايع بعد الانتساب اليه ، حصول النقل من حين العقد فانّ دليل وجوب الوفاء يدل على وجوب الوفاء بذلك العقد بعد الاجازة و هو يصير عقداً اللمجيز و منتسبا اليه و هذا بخلاف ما تقدم فانّ فيه نحكم بالمقدار المتيقن من جهة انّه لم يكن لادلتها اطلاق لتشمل مثل هذه الموارد ايضا و لم يكن المقتضى تماما و لكن على ما ذكرنا فالمقتضى تمام لكون ما ذكرنا موافقا للقواعد فانّ القاعدة تقتضى

ان يكون العقد صحيحا بعد الاجازة بمقتضى اوفوا بالعقود كما ذكرنا ويكون منتسبا الى صاحب العقد بالاجازة كانتسابه اليه فى غير موارد الفضولى بدليل الوفاء وهذا بخلافه على ماذكره شيخنا الاستاذ فانه يبطل العقد حينئذ فلا تكون الامضاء مؤثرا فى النقل بوجه كما هو واضح ·

(الجهة الثالثة فى حكم التصرف)

الجهة الثالثة فى حكم تصرّف المالك سواء كان مالك الثمن او مالك المثمن فى نماء المبيع ، فنقول : لا اشكال فى جواز تصرّفه فيه على القول بالنقل وضعيا و تكليفا لانّه تصرّف فى ملكه ولا مانع من تصرف المالك فيه و انّما ينتقل العين عنه الى غيره بالاجازة و الفرض انّه قبل الاجازة و يكون بيعه لو باعه المالك من غير ،و عتقه لو كان النماء عبدا او امة نافذا و جائزا فلا يرد عنه بعد الاجازة ايضا ·

و اما على القول بالكشف الحقيقى فربّما يقال انّ تصرّفه فى ـ النّماء ليس الّا تصرفا جائزا فلازم ذلك كونه فى ملكه و لازم كون النّماء فى الملك كون الاصل فى ملكه ، فيدل تصرّفه فى النّماء بالدلالة الالتزاميّة على رد البيع الفضولى فيحكم ببطلانه و قد احتمل المصنف ذلك بناءً على كون النسخة (ولو نقل المالك الولد) على خلاف ماقربه شيخنا الاستاذ حيث قال (مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد) و امّا بناءً على كون النسخة لو نقل المالك امّ الولد فلا ميل اليه فى كلامه·

وفيه : انّ ردّ العقد الفضولى كاجازته و ان كان يصح بالفعل و القول كليهما الا انّ مجرّد صدور الفعل لايدل على الرّد ما لم يكن بنفسه انشاء الرّد فانّ تحققه يحتاج الى الانشاء كما ان تحقق الاجازة

يحتاج الى الانشاء بحيث يكون الفعل بنفسه مصداقا للرد و هذا لا يمكن الا بالقصد اذن ، فيكون الفعل بحسب نفسه اعم من الرّد لكون صدوره اعم من ان يكون بقصد الرّد اولا فالاعم لا يدل على الاخص بوجه الاحتمال ان يكون من غير قصد او بقصد عدوانى مع علمه بانّه يجيز كتصرف الغاصب والسارق و نحو ذلك ٠

وعلى هذا فلا يكون تصرّف من انتقل عنه المال فى نمائه قبل الاجازة ردا فلابد له من اعطاء بدله على تقدير الاتلاف و مع البقاء وانتقاله الى الغير يكون المقام من صغريات تعاقب الايدى ، فله ان يرجع الى المالك و يرجع المالك الى ما انتقل اليه او الى ما انتقل اليه ابتداء ٠

واما على الكشف الحكمى والكشف الحقيقى بمعنى الذى ذكرنا الذى فى حكم الكشف الحكمى فلا شبهة فى كون تصرف المالك فى نماء العين تصرّفا فى ملكه لان الفرض انّه يحكم بملكيّة العين كما انتقل اليه بعد الاجازة فيكون النماء ايضا ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع وحين تصرفه لم تصدر منه الاجازة ليكون التصرف فى ملك الغير وهذا لا شبهة فيه وانّما الكلام فى انّه يحكم بعد الاجازة يكون ذلك النماء ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع حتى فى صورة كون النماء تالفا بحيث يحكم للمالك ان يخرج من عهدته ام لا بل يملك ما انتقل اليه العين ثمنا كان او مثمنا بالاجازة مع النماءات الموجودة حال الاجازة متصلة كانت او منفصلة ٠

وقد حكم شيخنا الاستاذ بالثانى من جهة انّ الاجازة انّما توجب انتقال ما يكون موجودا حال العقد من العين والنماء الى

ما انتقل اليه العين ، واما اذا كانت العين معدومة فقد تقدم انّه لامجال للاجازة مع ذلك وان كان النماء معدوما فلا شئ يكون ملكا لما انتقل اليه والتبعيّة انّما يتحقق فى صورة وجود النّماء لافى صورة عدمه .

وبعبارة اخرى : ان العين الى زمان الاجازة ملك لمالكها لجميع شئونها فله ان يتصرّف فيها كيف يشاء وفى زمان الاجازة لو انتفت العين فلا موضوع للاجازة اصلا وان بقيت العين ونماءاتها ، فتكون بالاجازة منتقلة الى الطرف الاخر لكون النماء تابعا للعين و ان بقيت العين وتلف النماء وانعدم ، فتكون العين وحدها منتقلة الى الغير لعدم وجود النماء حال انتقال الاصل الى الغير ليحكم بضمانه ، فما يكون مانعا عن تحقق الملكيّة بالاجازة فى صورة نقل العين فيكون ذلك مانعا عن ثبوت الملكيّة بالنماءات ايضا فلا توّثر الاجازة فى ثبوت الملكيّة بالنسبة الى النماءات المستوفات .

وفيه : انّ ضعفه ظاهر لان زمان الانتقال وان كان هو زمان الاجازة ولكن تنتقل العين بالاجازة من زمان العقد فيترتب جميع احكام الملكيّة من ذلك الزمان تنزيلا على الكشف الحكمى و تحقيقا على ما ذكرنا من الكشف الحقيقى واذن ، فيكون المالك ضامنا بالنماءات لواتلفها ومع نقلها الى الغير فيكون المقام ايضامن صغريات تعاقب الايدى كما عرفت فى الكشف الحقيقى وهذا واضح جدا .

ثم انّ شيخنا الاستاذ قرّب كون النسخة ولو نقل المالك امّ الولد ولكن الظاهر انّها الولد بدون لفظ الام لانه يصرح بعد اسطر فى ذيل الضابط للكشف الحكمى انّه يحكم بملكيّة المشترى من حين

العقد فانّ ترتب شئ من اثار ملكيّة المالك قبل اجازته كاتلاف النّماء ونقله ولم يناف الاجازة جمعا بينه و بين مقتضى الاجازه بالرجوع الى البدل ·

****

الجهة الرابعة فى ما يرجع الى تصرّفات ما انتقل اليه المال فضولة ، اما على النقل فلا شبهة فى عدم جواز تصرّفه قبل الاجازة وضعا و تكليفا لكونه تصرّفا فى مال الغير بدون اذنه فهو حرام عقلا و شرعا نعم لو باع ذلك ، ثم اجاز المالك البيع فيدخل تحت الكبرى الكلية من باع شياء ثم ملك و سياتى الكلام فيه ·

و اما على الكشف الحقيقى على انحائه الثلثة فلا شبهة فى جواز تصرّفه فيه تكليفا و نفوذه وضعا لو كانت الاجازة متحققة واقعا غاية الامر مع عدم العلم بتحقق الاجازة يكون متجريا فقط فى الظاهر و الا ففى الواقع لايحرم ذلك بوجه وضعا و تكليفا ·

و اما على الكشف الحكمى و الكشف الحقيقى بما ذكرنا فلابدمن التفصيل بين الحكم التكليفى و الحكم الوضعى و الحكم بحرمة التصرفات قبل الاجازة واقعا و ظاهرا لكونه تصرّفا فى مال الغير حقيقة فهو حرام لانه لايجوز التصرف فى مال امرء مسلم الا بطيب نفسه عقلا و شرعا ·

و اما الاحكام الوضعية فهى نافذة بعد الاجازة فانه بعدها يكشف كونه واقعا فى ملكه فلو باع قبل الاجازة فيكون صحيحا نافذا ولو اعتقه فيكون صحيحا الى غير ذلك من الاحكام الوضعية على طبق القاعدة فانه بعد تحقق الملكيّة بالاجازة من حين العقد ، فمقتضى

القاعدة ترتب احكام الملكيّة ايضا باجمعها كما هو من المرتكزات العرفية ايضا غير ما تقدم من تحقق الاستيلاد و تحقق الزنا بذات البعل فانه تقدم انّ الظاهر من دليلهما انّ الاستيلاد و الزنا بذات البعل انّما يتحققان من المملوك و الزوجة الفعليين دون ما يكون مملوكا او زوجة بعد ذلك الوطى ٠

و بعبارة اخرى : انّه يترتب على تصرف ما نقل اليه المال جميع الاحكام الوضعية امكانا و اثباتا غير ما يكون دليله على خلاف ذلك كما فى تحقق امّ الولد و الزنا بذات البعل فانّ ترتب الاحكام الوضعية باجمعها بحسب القاعدة كيف فانّه بعد الحكم بحصول الملكية من حين العقد فيترتب احكام الملكيّة ايضا عليه ٠

و اما عدم ترتب الحكم التكليفى فمن جهة انّ الشئ لا ينقلب عمّا هو عليه فما كان حراما لا يكون حلالا فالتصرف قبل الاجازة كانت محرمة فلا ينقلب الى الحلّية ٠

قوله (منها النماء فانّه على الكشف) ٠

اقول : و قد تقدم انّ النماء على الكشف الحقيقى لما انتقل اليه العين لكونه حاصلا فى ملكه و اما على النتقل فللمالك لكونه ايضا حاصلا فى ملكه و تكراره انما هو طوتئة لبيان كلام شهيد الثانى فى الروضة حيث قال : (انّ النماء على القول بالكشف تابع للعين فنماء الثمن للبايع و نماء المبيع للمشترى و اما على النقل فنماء كليهما للمالك المجيز ٠

و قد وجّه كلامه بعض محش الروضة حيث قال : (يمكن ان يراد من المجيز المالك كل واحد واحد من مالك الثمن ومالك المثمن

ای نماء الثمن للمشتری لکونه مالکا له و نماء المثمن للبایع لکونه مالکا له‌ا·

و وجهه اخر بتوجیه آخر، بدعوی ارادة جنس المالك فیکون اعم من مالك الثمن و مالك المثمن وعلی کلا التوجیهین یرتفع الاضطراب من کلامه ·

و لکن کلیهما خلاف الظاهر من کلامه فانّ ظاهر المقابلة کون النماء علی النقل للبایع فانه قال : ‌اوعلی النقل فهما للمجیز ا ، فظاهره کون کلا النمائین لشخص واحد و وجّه بعض بتوجیه بارد وهو ان کون نماء العین للمالك فعلی طبق القاعدة لکونه حاصلا فی ملکه و اما کون الثمن له فلانّ المشتری بنفسه قد اقدم علی ذلك و سلّط البایع علی ماله الذی مالك العین علی ماله فیکون نمائه ایضاله ·

و فیه : انّه قد یکون العقد من طرف المشتری ایضا فضولیّا فکیف یصح الحکم بانّه قد اقدم علی تسلیط البایع علی ماله ؟ و قد یکون غیر ملتفت علی کون البایع فضولیّا ولو کان المشتری بنفسه مباشرا للعقد علی انّ ما وجه به کلامه لیس بتمام کبری و صغری اما الوجه فی بطلان الکبری فلان الاقدام لیس من جملة المملکات و لم یعهد من الشرع المقدّس ذلك المعنی الا اذا کان بعنوان الهبة فانها مملکة فی الشرع المقدّس و ان کان یجوز الرجوع الیها ایضا ·

وکیف کان لایمکن الالتزام بهذا التوجیة اذن فلابدّ امّا من الالتزام بکونه سهوا من قلمه الشریف لکون العصمة لصاحبها و امّا ان یکون نظره ما تقدم من التوجیهین الاولین و انما کان غرضه من اغلاق العبارة تجربة الافهام واللّه العالم ·

قوله (و منها انّ فسخ الاصيل لانشائه قبل اجازة الآخر) ٠

اقول : اذا كان احد طرفى العقد فضوليّا و الآخر اصيلا فهل يجوز ان يفسخ الاصيل قبل اجازة الاخر مطلقا او لا يجوز كك او يفصّل بين القول بالكشف فيحكم بعدم جواز فسخه و بين القول بالنقل فيحكم بجواز فسخه ؟ ٠

و قد اختار بعضهم جواز فسخ الاصيل العقد قبل اجازة الاخر٠

و قد اختار شيخنا الاستاذ عدم جواز فسخه مطلقا حتى على القول بالنقل و اختار المصنف القول بالتفصيل و حكم بجواز فسخه على القول بالنقل و بعدمه على القول بالكشف ٠

امّا على القول بالكشف فسيأتى الكلام فيه ٠

و اما على القول بالنقل فمن جهة انّه لم يحصل النقل بمجرّد العقد و انّما يكون ذلك موثرا فى زمان النقل وقبل زمانه ، فيكون العقد بالنسبة الى الاصيل كنسبته الايجاب الى الموجب ، فيكون فسخه كفسخ الموجب ايجابه فكما انّه لامحذور فى فسخ الايجاب قبل القبول و هكذا يجوز فسخ الاصيل العقد قبل تحقق الاجازة ٠

و بعبارة اخر انّما يجب اتمام العقد و لا يجوز حلّه من جهة اوفوا بالعقود و هو انّما يتوجه بعد الاجازة و قبلها ليس هناك شئ بوجه و لا يشمله دليل وجوب الوفاء فيكون الاصيل مختارا فى فسخه و عدمه٠

و اما على القول بعدم الجواز مطلقا فقد اختار شيخنا الاستاذ عدم جواز الفسخ كما عرفت و حاصل كلامه انّ مقتضى قوله تعالى اوفوا بالعقود وجوب الوفاء بالعقد الذى عبارة عن المعاقدة وجوبا تكليفيا و لاشبهة فى تحقق العقد وعدمه بالنسبة الى الاصيل و انّما الموقوف

على الاجازة ليس الا حصول النقل الحقيقى و اما نفس العقد و المعاقدة فقد تحقق قطعا اذن فلا مانع من شمول اوفوا بالعقود عليه فيكون ذلك كبيع الصرف و السلم حيث ان حصول الملكيّة فيهما متوقف على القبض و قبله لم تحصل ومع ذلك لايجوز لكل من البايع او المشترى فسخ العقد فانّه بعد التحقق لايجوز الا اذا قام الدليل على جواز الفسخ كالهبة و لايقاس المقام بالايجاب المجرد قبل مجئ القبول، فانّه لم يتم المعاقدة بدون القبول حتى يشمله اوفوا بالعقود وهذا بخلاف المقام كما عرفت ٠

و بعبارة اخرى : انّ دليل الوفاء بالعقد تارة يكون ناظرا الى اسم المصدر اى ما يحصل من العقد اعنى الملكيّة او الزوجية او نحوها ٠

و اخرى يتوجه الى المعنى المصدرى اعنى نفس العقد و المعاقدة فعلى الاول فشموله موقوف على حصول النقل و حيث لم يحصل النقل قبل الاجازة ، فلا يشمله دليل الوفاء بالعقد قبل الاجازة الا انّه مما لايمكن المساعدة عليه لكونه خلاف الظاهر من اوفوا بالعقود ٠

وعلى الثانى كما هو الظاهر فيكون دليل الوفاء بالعقد شاملا لهذا العقد تحققه عند المعاقدة ٠

نعم الملكيّة موقوفة على الاجازة و ذلك غير مربوط بالمقام ٠

و بالجملة مقتضى دليل الوفاء بالعقد لزوم اتمامه و انهائه بعد تحقق العقد و المعاقدة و هذا واضح جدا فافهم ٠

و فيه : امّا على الكشف فسياتى الكلام فيه عن قريب ، و امّا على النقل فكلامه هذا مبنىّ على كون الامر بالوفاء على العقد تكليفيا

فانّه حينئذ يتم ما ذكره شيخنا الاستاذ ولكنّه غير ممكن اذ كون الامر بالوفاء تكليفيّا او حرمة نقضه كك يقتضى ان يكون متعلقه امرا مقدورا بحيث يكون مختارا فى فسخه وامضائه فان التكليف لا يتعلّق بغير المقدور ولا ان المراد من الفسخ لفظ فسخت ليقال انّه امر ممكن و معنى كونه مختارا فى ذلك ليس الا كون العقد جائزا فيكون ذلك خلف الفرض مع انّ مقتضى كون العقد جائزا وكون الوجوب تكليفيّا انّه ينفسخ بالفسخ غاية الامر انّه فعل حراما مع انّه لاينفسخ قطعا بل عدمه بل الامر هنا ارشاد الى الحكم الوضعى نظير (ارشاد) النهى فى قوله (ع) نهى النبّى عن بيع الغرر ارشاداً الى الفساد و معنى الوفاء به عبارة عن اتمامه وانهائه كما يقال الدرهم الوافى للدرهم التام فيكون معنى الوفاء بالعقد انّه لاينفسخ هذا العقد بالفسخ و على هذا لايتوجه دليل الوفاء بالعقد الا بعد امكان تحقق الحكم الوضعى بذلك الدليل وهو انما يكون بعد اجازة المالك لانّه المفروض اذن ، فما ذكره العلامة الانصارى من جواز فسخ الاصيل العقد قبل اجازة المالك هو الوجيه ٠

وبعبارة اخرى : وجوب الوفاء بالعقد من ناحية الاصيل على القول بالنقل قبل الاجازة متوقف على اخذ العقد بمعنى المصدرى اى مجرّد المعاقدة فاذا لم يكن ذلك لما ذكرنا من كونه متوقفا على اخذ الوجوب تكليفيّا وهو غير جائز فلابدّ من صرفه الى الوفاء بالمعنى الاسم المصدرى وهو لايحصل الا بالاجازة ، فيكون شمول دليل الوفاء على ذلك من زمان الاجازة دون العقد واما نقضه بالصرف و السلم فهو ايضا ليس من المسلّمات بل وجوب الوفاء بهما ايضا بقوله اوفوا

بالعقود و بعدها ، لم يمكن شموله على العقد الا بعد حصول الاسم المصدری فلا يلزم الوفاء به اذن يجوز لكل من البايع و المشتری فسخ الصرف و السلم قبل القبض كما هو واضح ٠

و بعبارة اخری : انّ الامر بالوفاء ارشاد الی عدم انفساخ العقد بالفسخ و انّ الالتزام بذلك باق علی حاله و لا يرتفع الا ـ بالاقالة و معنی الوفاء به انهائه الی الآخر و اتمامه و حيث انّ الالتزام و المعاقدة علی اساس القول بالنقل لم يتم لتوقف حصوله علی تحقق التزام المالك فانّ متعلقه انّما هو الملكية و حصول الملكية موقوف علی تحقق الالتزامين من المالكين فلايشمل عليه دليل الوفا بالعقد فيكون نظير الايجاب قبل تماميّة القبول نعم فی مثل النذر لا باس من الالتزام بالوجوب التكليفی لامن جهة تعدد معنی الوفاء بل لخصوصية المورد فانّ متعلق الوفاء فی باب النذر نفس الالتزام و هذا بخلافه فی باب العقود فانّ متعلقه الملتزم به و هو لايحصل الا بالعقد الذی قوامه بالمعاقدة و ارتباط احد الالتزامين بالآخر من الالتزام لا بالتزام شخص واحد كما هو واضح اذن لاغرو من الالتزام بالوجوب التكليفی فی النذر و نحوه و بالوجوب الارشادی فی باب العقود ٠

و بالجملة انّ الوفاء بالعقد منحل الی الافراد العديدة حسب تعدد افراد العقود فی جميعها معناه اتمام العقد و انهائه و لكن حيث ان متعلقه فی النذر هو الالتزام بالعمل فليس معناه الاوجوب اتمامه تكليفا لا وضعا و لذلك نقول هنا بالوجوب التكليفی ٠

و ثانيا علی فرض كون الوجوب وجوبا تكليفيا فلا شبهة فی انّه انّما يتمّ بعد تحقق العقد و هو علی اساس القول بالنقل لايتمّ الا

بعد الاجازة فموضوع وجوب الوفاء بالعقد انّما يحصل بالاجازة و قبله ليس عقد ليكون موضوعا للوجوب و ليس ذلك قبل الهبة لتحصل بطرف واحد اذن مع فرض القول بان الوجوب تكليفى فلا يتوجه الا بعد الاجازة لتحقق موضوعه فى ذلك الوقت ٠

و بعبارة اخرى : مع الغمض عن بطلان اخذ الوجوب ارشاديا و الجواب على وفقه انّ موضوع الوجوب التكليفى لم يتمّ بعد ، فهل يتحقق الحكم بدون الموضوع ؟

فتحصل انّه على القول بالنقل يجوز للاصيل ان يفسخ العقد قبل الاجازة ، و اما على القول بالكشف ، فهنا جهات للكلام :

الاولى فى جواز فسخ الاصيل منهما و عدمه اى تأثيره و عدم تاثير على الكشف ٠

و الذى ينبغى ان يقال : انّه لا يؤثر الفسخ فى انحلال العقد فانّ اساس القول بالكشف هو ان العقد بحسب نفسه تمام السبب و الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد كما عرفت عن الشهيد و المحقق الثانين و بعد تحققه لا معنى لفسخ الاصيل ذلك فانّ ادلة وجوب الوفاء بالعقد وكونه لازما لا ينفسخ باجمعها ، شاملة للمقام فانّ عمدتها على ما تقدم فى المعاطات قوله تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض ، فلا شبهة انّ الفسخ بعد تحقق الالتزام ليس تجارة عن تراض بل يكون اكل المال بالباطل و اما مع العلم بعدم الاجازة ، فايضا لا يحتاج الى الفسخ بتحققه بدونه فهو اما لا يؤثر و اما لا نحتاج اليه ٠

و بالجملة على ملاك الكشف من تحقق تمام الموضوع للوفاء

بالعقد لا يؤثر فيه الفسخ بوجه و يدل عليه ادلة اللزوم ٠

الجهة الثانية : فى انّه على القول بعدم تاثير الفسخ فيه وضعا فهل يجوز للاصيل التصرفات فى ماله قبل اجازة طرف الآخر ام لا ؟ فهذه الجهة فيها جهتان

الاولى فى جوازها وعدمها ظاهراً ، والثانية فى جوازها وعدمها واقعا ، فقد ادعى العلامة الانصارى عدم جوازه ظاهرا و واقعا على تقدير عدم الاجازة بدعوى « انّ المال بواسطة المعاقدة خرجت عن موضوع جواز تصرّف المالك فى ملكه و دخل تحت ادلة حرمة التصرف فيه فلا يجوز له التصرف فى ذلك فان كان يجيز الآخر فيكون حراما ظاهرا و واقعا و الا فيكون حراما فى الظاهر فقط ، ولايجرى هنا اصالة عدم الاجازة لانه انّما يجرى فى فرض عدم المنع عن جريانه والفرض انّ دليل وجوب الوفاء قد جرى واوجب ثبوت العقد و عدم جواز تصرف الاصيل فى ماله و معه كيف تجرى اصالة عدم الاجازة » ٠

و فيه : انّ موضوع وجوب الوفاء انما هو الالتزام بالملكيّة لا ـ حصول نفس الملكيّة و موضوع عدم جواز التصرف فى المال تكليفا نفس الملكيّة و ما لم تحصل لاتشملها حرمة التصرف فى مال الغير اذن فلا معنى لقياس عدم جواز فسخ الاصيل العقد بحرمة تصرفه فى العين فانّ موضوع كل منها غير موضوع الآخر و العجب منه قده حيث بالغ وحكم بعدم الجواز حتى مع العلم بعدم اجازة الآخر و ردّه بل لابدّ وان يرد العقد ثم يجوز للاصيل التصرف فى ماله نعم لو تحقق الامضاء ، فينكشف منه انّ التصرف كان حراما فى الواقع و هذا من عجائب الكلام ، فانه مع عدم الاجازة فباىّ دليل نحكم بحرمة تصرّفه

فى ماله مع كون الناس مسلطون عليه ، و بعبارة اخرى ان قلنا انّه خرج من ملكه فنسئله من سببه و ان قلنا انه لم يخرج و مع ذلك لا يجوز له ان يتصرف فيه فهذا ليس الا مناقضة فى مفهوم الناس مسلطون على اموالهم فافهم .

و بالجملة انّ الثمرة ثمرة صحيحة فانه على النقل يجوز للاصيل ان يتصرف فى ماله وعلى القول بالكشف لا يجوز فسخه و يجوز تصرّفه ظاهرا ثم ان تحققت الاجازة بعد ذلك ، فيكشف انّه كان حراما واقعا وعلى تقدير عدم الاجازة ينكشف انّه لم يكن حراما فى الظاهر و الواقع معا و اما على تقدير العلم بتحقق الاجازة فلا يجوز ، والعجب من المصنف حيث حكم بعدم الجواز حتى فى صورة العلم بعدم الاجازة مع انّه على هذا لم يكن منع منه بوجه لتصرّفه فى ماله قطعا وعدم احتمال تصرّفه فى مال الغير .

و الحاصل انّ الكلام فى جواز تصرّف الاصيل فى ماله قبل اجازة الآخر و قلنا انّه لا شبهة فى جوازه مع الجهل بتحقق الاجازة مطلقا حتى على القول بالكشف الحقيقى ولو بمعنى اخذ الاجازة معرّفة لحصول النقل من زمن العقد فانّه مع ذلك ايضا يشك فى انه ممّا يتمّ به النقل او يكون معرّفا لذلك يتحقق اولا يتحقق فيتمسك باصالة عدم تحقق الاجازة فيحكم بجواز التصرّفات مطلقا فانّ مقتضى جريان ذلك الاصل جواز التصرف فيه تعبدا من دون ان يلزم التصرف فى مال الغير كما انّه فى صورة العلم بعدم الاجازة يجوز التصرف وجدانا للعلم ، و ما عن المصنف من منع جواز التصرف حتى فى صورة العلم بعدم الاجازة ، فعجيب منه مع انّه ليس هنا مانع بوجه حتى احتمال كونه تصرّفا فى مال الغير فلا ندرى ما المانع من كونه اى الاصيل

مسلطا على ماله ؟ فانّ قوله بعث مع العلم بعدم الاجازة ليس الا كاللاغى و الساهى .

نعم على الكشف الحقيقى المعروف لو تصرف فيه معتمداً على اصالة عدم الاجازة اى القطع التعبدى اوعلى العلم بعدم الاجازة و القطع الوجدانى فاجاز الطرف الآخر فيكون تصرّف الاصيل فى المبيع فضوليّا ، فيتوقف على اجازة الطرف الذى كان العقد فضوليّا من قبله فيبطل من قبل الاصيل و لايكون العقد عقده و انّما يكون راجعا الى المجيز فان شاء اجاز و ان شاء لم يجز .

ثم ذكرنا ايضا انّه لاوجه فى عدم جواز تصرّفه اى الاصيل بآية وجوب الوفاء بالعقد ـ كما تمسّك به شيخنا الاستاذ ـ على تقدير كونه وجوبا تكليفيا ، فانه يرد عليه اوّلا انّ الامر بوجوب الوفاء بالعقد ارشاد الى تمام الالتزام و انهائه كما هو معنى الوفاء بالشئ لغة فليس ذلك وجوبا تكليفيّا كما هو الظاهر .

و ثانيا ان معنى الوفاء بالعقد ليس الا ترتيب اثار الملكية و الزوجية و غيرهما عليه و ليس معناه مجرد وجوب الالتزام بالعقد وجوبا تكليفيا ، فهو لا يحصل قبل الاجازة فان معنى ترتيب الاثار هو حرمة التصرف فى ذلك المال للاصيل فلا شبهة انّ ادلة حرمة التصرف انما تعلقت بالملك دون الالتزام بالملكيّة كما هو واضح .

و ثالثا مع الاغماض عن جميع ذلك و الالتزام بالحرمة التكليفية، فانّما يجب الوفاء بالعقد بعد تحققه لاقبله .

و بعبارة اخرى : انّ الاحكام التكليفية انّما تكون فعلية بفعلية موضوعها فما لم تصر موضوعها فعلية فلا معنى لفعلية الحكم اذ ن فموضوع

وجوب الوفاء انّما هو العقد ففعلية ذلك الحكم يحتاج الى تمامية العقد فحيث انّ العقد عبارة عن ارتباط التزام بالتزام و انضمامهما معا و المعاقدة بينهما فهو لم يحصل بعد قبل اجازة المالك حتى على القول بالكشف بجميع اقسامه و ليس ذلك مثل الهبة يتحقق التمليك بالتزام طرف واحد فانّ حقيقتها عبارة عن التمليك المجانى و ذلك يحصل بتمليك طرف واحد و التزامه بخلاف البيع فانّ الالتزام بالتمليك فيه مربوط بالتزام الطرف الآخر بذلك بحيث يرتبط احد الالتزامين بالالتزام الآخر و ينضّم احدها بالآخر حتى يترتب عليه وجوب الوفاء كما لا يخفى فانّ الاصيل لايعلم ظاهرا ان الآخر يجيز اولايجيز و ان حصل عقد واقعا اذن فلا معنى لوجوب الوفاء به قبل تحقق الاجازة بل يجوز التصرف لكل من البايع و المشترى فى بيع الصرف و المشترى فى الثمن فى بيع السلم قبل القبض فيهما فانّه مالم يحصل القبض لم يحصل الملكيّة و وجوب الوفاء بالعقد انّما هو باعتبار الملتزم به اعنى الملكيّة نعم فى صورة العلم بانّ المالك يجيز العقد لايجوز للاصيل التصرف فى ماله بخروجه عن ملكه على القول بالكشف ولكن لازم ذلك هو جواز تصرفه فى الثمن مثلا فان خروج ماله عن ملكه مع دخول مقابلة فى ملكه متلازمان فانّ قوام البيع عبارة عن المبادلة بين المالين فى طرف الاضافة و حقيقة الاضافة ليس الا خروج احد العوضين عن ملكه و دخول العوض الآخر مكانه و كذلك لايجوز للاصيل مع جواز التصرف فى ماله ان يتصرف فى مقابله لعين تلك الملازمة و ما فى المتن من ان العمل بمقتضى العقد كما توجب حرمة تصرّف الاصيل فيما انتقل عنه كذلك توجب جواز تصرفه فيما انتقل اليه والوجه

فى ذلك هو ثبوت الملازمة بينهما وجودا وعدما نعم فى مثل النذر ونحوه حيث ان موضوع وجوب الوفاء نفس الالتزام فيجب الوفاء به لتمام موضوعه بنفس الالتزام بخلاف البيع مثلا فانّ الوفاء لابد و ان يكون بالملتزم به اعنى الملكية دون الالتزام .

ثم انّه لايفرّق فيما ذكرنا بين اقسام العقود الفضولية نكاحا كان اوغيره فانّه فى باب النكاح ايضا يجوز للاصيل ترتيب اثار عدم الزوجية قبل اجازة المرئة التى كان العقد من قبلها فضولية من تزويج امها او اختها او تزويج الخامسة لوكانت عنده زوجات ثلثة غير الزوجة الفضوليّة الى غير ذلك من اثار عدم الزوجيّة معتمداً باصالة عدم الاجازة فانها محكمة ما لم يكن دليل على خلافها .

نعم تقدم انّه زوج الصغير فضولة فمات فيعزل نصيب الزوجة فبعد البلوغ عرض اليها العقد فان اجاز مع الحلف على عدم طمعها بالمال فيعطى بها الارث و الا فلا .

فيعلم من ذلك عدم الاعتناء باصالة عدم الاجازة فى باب النكاح بالملازمة .

و فيه انّ مقتضى جريان اصالة عدم اجازة من كان عقد الزوجية من قبله فضولية الزوجيّة هو عدم ترتيب اثار الزوجية قبل الاجازة فيترتب عليه عدم التوارث فانّه مع جريان اصل السببى لايبقى موضوع للمسبّب و بعبارة اخرى انّ قضيّة الارث هنا وانكان راجعا الى المال و الى ورثه الوارث و ليس مربوطا بالمعاملة الفضولية و لكن حيث كان ملزوم ذلك اعنى العقد فضوليّا فيجرى فيه اصالة عدم الاجازة الذى هو اصل سببى بالنسبة الى التوارث و عدمه فيترتب عليه نفى المسببات

من التوراث وغيره و بذلك الملازمة فيكون التوراث هنا الذى راجع الى المال دون العقد الفضولى مربوطا بالمعاملة الفضولية ٠

ولكن حيث ورد النص الخاص فى عزل نصيب الزوجة هنا ـ فبالملازمة القطعيّة يبقى جريان اصالة عدم الاجازة و ترتيب الاثار عليها فانّ نفى اللازم يستلزم نفى الملزوم الا انّ ورود النص فى مورد خاص مبنيّا على الاحتياط فى الاموال كما تقدم لايوجب التعدى الى غير مورده والحكم بعدم جريان اصالة عدم الاجازة فى باب النكاح مطلقا فضلا عن غير باب النكاح كما لايخفى ٠

وقلنا سابقا انّه ورد نظير ذلك فى المرئة الحبلى حال وفات زوجها فانّه يعزل نصيب ذكرين مع انّ اصالة عدم التولد اوعدم كون الولد اكثر من واحد اوعدم كونه ذكورا بناء على جريان الاصل فى الاعدام الازلية كما هو الحق جارية فانّ المتيقن فى الصورة الاخيرة هو كون الاقل نصيبا للولد الذى لم يولد بعد فالزيادة التى تخرج على احتمال كونه ذكرا ينفى بالاصل و بالجملة تتحصل انّه يجوز ـ للاصيل ان يتصرف فى ماله قبل اجازة الآخر العقد مطلقا على القول بالكشف لجميع اقسامه وعلى القول بالنقل وعلى القول بالكشف الحكمى فانّ اصالة عدم الاجازة محكمة وما ذهب اليه المصنف من اصالة عدم الاجازة والتمسك باوفوا بالعقود فى اثبات لزوم العقد و تبعه بعض الاخر وكك ما ذهب اليه شيخنا الاستاذ من الحكم بلزوم العقد من الاصيل لاوجه له ٠

قوله [كالنذر المعلق على شرط] ٠

اقول : تفصيل الكلام هنا انّه سواء كان النذر متعلقا بالفعل

او بالنتيجة و سواء كان متعلقه امرا اختياريا اوغير اختيارى على انما تارة يقع الكلام فى الحكم التكليفى و اخرى فى الحكم الوضعى اما ·

الاول : فتارة يكون متعلق النذر مطلقا من غير ان يعلقه بشئ بان كان قصده حين النذر لتنجّز التكليف بالوفاء عليه لانّه على وجه الاطلاق كما اذا نذر ان يعطى درهما للفقير مطلقا وعلى هذا فلا اشكال فى عدم جواز اعدام المنذور و اخرى يكون معلقا وعليه تارة يكون ذلك مثل الواجب المعلق بان يكون النذر فعليّا ومتعلقه امراً استقباليّا كما يكون الوجوب فعليّا والواجب استقباليّا فى الواجب المعلق و هذا مثل الاول لفعلية الوجوب ·

و اخرى يكون مثل الواجب المشروط بان يكون قصد النـاذر تحقق النذر حين تحقق متعلقه و هو على قسمين لانّه تارة يعلم الناذر حصول متعلق نذره فيما بعد و اخرى لا يعلم فعلى الاول ايضا لا يجوز التصرف فى المنذور بحيث يوجب اعدامه لما حققناه فى محلّه انّ تماميّة ملاك التكليف فى محلّه و العلم بتنجزه فى ظرفه موجب لحفظ القدرة لاتيانه وحفظ مقدماته و تهية وسائل اتيانه لو علم او احتمل عجزه عنها فى ظرف الاتيان و يحرم اعدام المقدمات المفوتة لذلك الملاك ولو فى ظرفه و من هنا نقول بحفظ الماء لحفظ نفسه فى ظرف عدم التمكن منه فى ذلك الظرف او لحفظه للوضوء لذلك بحيث يعلم انّه لو لم يحفظه يموت بعد ساعة عطشا او لايجد الماء للوضوء و تسمّى مثل هذه المقدمات بالمقدمات المفوّتة ·

و بالجملة و ان كان النذر معلقا مثل الواجب المشروط الاان العلم بانعقاده و حصول متعلقه يوجب حفظ المنذور لقبح تفويت

ملاك التكليف فى نظر العقلاء والشارع ولوكان التكليف استقباليا كما انّ الامركك فى الواجب المشروط ايضا .

وان لم يعلم الناذر حصول متعلق نذره فان كان من قصده تعلّق النذر بالابقاء كتعلقه باصله بحيث يكون هنا نذران بحسب الانحلال فلا شبهة ايضا فى وجوب حفظ المنذور كما اذا نذر بصدقة شاة على تقدير برء مرض ابنه ومع ذلك تعلق نذره بابقاء ذلك الشاة ايضا .

وان لم يكن نذره متعلقا على صدقة الشاة مطلقة ولا على صدقتها على نحو الواجب المعلق ولا على نحو الواجب المشروط ـ بحيث يعلم بحصول متعلقه ولا ان يكون متعلقا بابقائه ايضا فلايجب الابقاء بل يجوز اعدام موضوع النذر بحيث لايبقى موضوعه اصلا فضلا عن ان يجب الوفاء به بعد تحقق متعلّقة .

ثم انّه لايفرق فى جميع ذلك التصور بين ان يتعلق النذر بالفعل او بالنتيجة وسواء كان اختياريا اوكان غير اختيارى .

واما الحكم الوضعى اعنى صحة التصرفات فى المنذور .

فنقول :

اما فيما يجوز التصرف واعدام موضوع النذر كما فى الصورة الاخيرة فلا شبهة فى صحة التصرف ونفوذه فلو باع فيحكم بصحته واما فيما يحرم التصرف فى المنذور كاكل الشاة المنذورة مثلاً فايضاً يصح التصرف فى المنذور وضعا وينفذ ذلك لانّه لاملازمة بين حرمة التصرف تكليفا وبين صحته وضعا .

وما يمكن ان يكون وجها فى عدم صحة ذلك امران .

الاول انّه يشترط فی المبيع ان يكون طلقا فلا يصح بيع غير الطلق وما تعلق به النذر ليس بطلق لتعلق حق الغير به ٠

وفيه : انّه ممنوع كبرى وصغرى ، اما الصغرى فواضح لانه لايكون المال بمجرّد تعلق النذر به مما يتعلق به حق الغير ومن هنا لو اجتمع المنذور اليهم واسقطوا حقوقهم عن ذلك المال فلايؤثر ذلك فی المنذور شيئا ولا يصيره عن الحالة الاوليّة التی لم يتعلق به الا الحكم التكليفی ولايرتفع به الحكم الشرعی التكليفی اعنی عدم جواز التصرف فيه مع انّ الحق امتيازه عن الحكم ليس الا بالاسقاط كما مرّفی اول البيع والا فكلّ حكم يصح اطلاق الحق عليه فيعلم من ذلك انّه لم يتعلق بالمنذور الا الحكم التكليفی اعنی حرمة التصرف فيه واما الحكم الوضعی فلا فلم يتم الصغری واما الوجه فی منع الكبری فلانّه لادليل علی اشتراط كون المبيع طلقا بهذا العنوان بل هو امر منتزع من الموارد الخاصة ففی كل مورد لاينفذ فيه التصرف فلا يجوز بيعه ولايصح وفی كل مورد يصح فيحكم بصحة البيع و الا فلم يدل دليل خاص يكون المبيع طلقا ٠

الامر الثانی ما اعتمد به شيخنا الاستاذ من انّ المنع الشرعی كالمنع العقلی فحيث انّ التصرف فی المنذور محرم شرعافيكون ممنوعا من التصرف فيه كما كان غير مقدور تكوينا فحيث انّ المنذور لا يجوز التصرف فيه تكليفا فيكون ممنوعا من ذلك وضعا ايضا وبهذا استندفی انّ النواهی تدل علی الفساد فی المعاملات وبنی علی ذلك دلالة النهی علی الفساد فی باب المعاملات ٠

وفيه : ان كان المراد من انّ المنع الشرعی كالمنع العقلی

المشهور بين الناس من حيث التكليف فهو مسلّم وان كان المراد من ذلك من حيث الوضع فهو اول الكلام اذ لم يدل دليل على ان ما تعلق به النهى وحكم بحرمة التصرف فيه فهو مما لا ينفذ التصرف فيه فيحكم ببطلانه كما هو واضح ٠

اذن فلا وجه لما زعمه شيخنا الاستاذ من الحكم بعدم نفوذ التصرف فى المنذور مستنداً على هذا الوجه الغير الوجيه فانّه لاملازمة بين حرمة التصرف تكليفا و بين حرمته وضعا و ما اعتمد عليه فى دلالة النهى على الفساد فى باب المعاملات قبلا وجه ٠

قوله (ثم انّ بعض المتاخرين ذكر ثمرات آخر) ٠

اقول : ذكر شيخ الكبير ثمرات آخر على القول بالكشف او النقل فنذكرها تبعا لشيخنا الانصارى ٠

الاول : انّه لو مات احد طرفى العقد من البايع او المشترى سواء كان العقد من قبل كليهما فضوليّا او من قبل احدهما فنفرض الكلام فيما لو كان فضوليّا من جانب واحد فمات الاصيل قبل الاجازة الآخر

فحاصل ما قاله (ره) انّه لو مات الاصيل قبل الاجازة فيبطل العقد بناء على النقل فانّه حين تحقق الملكيّة غير موجود و الفرض انّ العقد لم ينعقد قبل الاجازة فيبطل ٠

و بعبارة اخرى : انّ المالك الاصيل حين ما كان موجودا لم ينعقد العقد الموجب للملكيّة وحين انعقاد العقد وتمامية الملكيّة لم يكن موجودا فكيف يحكم بصحة مثل ذلك العقد و هذا بخلافه على القول بالكشف فانّه يحكم بصحته فانّ الملكيّة قد تحققت على الفرض فلم يبق فى البين الا اجازة المجيز فهى قد حصلت فيحكم بصحته ٠

وقد اورد علیه صاحب الجواهر بدعوی ظهور الادلة فی اعتبار استمرار القابلیّة الی حین الاجازة علی الکشف مع قطع النظر عن الاجازة فیکشف الاجازة عن حدوث الملك من حین العقد مستمراً الی حین الاجازة ومراده انّ صحة العقد الفضولی متوقفة علی بقاء مالکی العقد ومن یستند العقد الیه ویکون العقد عقده باقیاً علی قابلیة ذلك المعنی وبالموت یخرجان عن ذلك القابلیّة ولا یمکن استناد العقد الیه وهذا واضح جدّاً.

واشکل علیه شیخنا الانصاری بالنقض والحلّ اما النقض بالعقود المتعددة الواقعة علی مال واحد بنحو تعاقب الایدی فضولا حیث انّ تلك العقود قد وقعت فضولة وقبل تحقق الاجازة انتقل الملك الی الآخر ولم یبق المالك مستمرا علی مالکیته وعلی تلك القابلیّة الاولیة الی زمان الاجازة فیکشف من ذلك انّ بقاء المالك علی قابلیة المالکیة الی زمان الاجازة غیر لازمة.

وفیه : انّ هذا عجیب من المصنف حیث انّه فرّق بین مانحن فیه وبینما ذکره المصنف نقضا لانّ فی فرض تعاقب الایدی المالکیة مستمرة مع قطع النظر عن الاجازة وانما الاجازة اوجبت انقطاع مالك الثمن عن الثمن ومالك المثمن عن المثمن کما انّ الرد یوجب انهدام العقد وبقاء کل منهما فی ملك صاحبه وهذا بخلاف ما نحن فیه فانه مع قطع النظر عن الاجازة والرد ینقطع الملك بالموت کما افاده الاستاذ اذن فلا ینبغی لمثل الشیخ ان یورد له بمثل ذلك وثانیا بالحل وحاصله انّ بعض الاخبار المتقدمة من ادلة صحة المعاملة الفضولیة ظاهرة فی صحتها حتی مع موت احدهما الاصیل او من

كان العقد من قبله فضوليّا كالاخبار الدالة على الاتجار بمال اليتيم واخبار المضاربة حيث انها اعم من ان يكون المالك حيّا او ميّتا، مع جريان العادة بموته فى مدّة مديدة يتجرّ العامل بالمال و لم يستفصل الامام (ع) فى ذلك فيكون اطلاق تلك الاخبار شاهدا على المطلب.

و بعضها صريحة فى ذلك كالرواية التى تضمّن ان شخصا اوصى بالعبد الماذون فى التجارة ان يشترى عبدا فيعتقه و يحج عنه ثم ترافع كلّ من مولى الماذون و العبد المعتق و الورثة فى كونه من مالهم فانّها صريحة فى المطلوب حيث انّ المالك قد مات الى زمان اجازة مالك العبد الماذون ذلك العقد فيكون صريحة فى المورد .

وفيه : قد تقدم ان شيئا من تلك الاخبار لاتدلّ على صحة البيع الفضولى بل هى خارجة عن المقصد بل الشيخ ايضالميستدل بها على ذلك وانّما ذكرها تائيداً لمرامه فلا يمكن الاستناد اليهافى هذا المقام ايضا .

والذى ينبغى ان يقال انّه لوكان النظر الى الادلة الخاصة للمعاملة الفضولية كرواية عروة البارقى وصحيحة محمد بن قيس فلا شبهة لظهورها فى كون المالك المجيز او الطرف الاخر حيّا فلا اقل من اخذ المتيقن منها فانّه ليس لها اطلاق يؤخذ به انما سرى فلا يكون الادلة الخاصة للفضولية دليلا للمقام اذن فالحق مع صاحب الجواهر فان مقتضى الاختصار بالقدر المتيقن منها هو الكفاية منها بحال حيات الطرفين من المالكين الفضوليين او احدهما فضوليا و الاخر اصيلا .

وان كان النظر الى الادلة العامة اعنى العمومات والاطلاقات

الدالة على صحة المعاملة كقوله تعالى اوفوا بالعقود واحلّ اللّه البيع وغيرهما فلا شبهة فى صحة المعاملة مع موت الاصيل اوالمجيز مطلقا على القول بالكشف وعلى القول بالنقل وذلك اما على القول بالكشف فواضح لانّ العقد قد تمّ من جميع الجهات الا من ناحية اجازة من كان العقد من قبله فضوليّا فاذا حصلت الاجازة فلا معنى للحكم بالبطلان لصحة العقد من جميع الجهات وعدم نقصانه من جهة .

والسر فى ذلك انّه قد تقدم مرارا انّ قوام المعاملة بالمبادلة بين المالين ولاخصوصية للمالك بوجه بحيث يكون هذا الشخص او ذلك الشخص فحيث انّ المبادلة والملكيّة قد حصلت بالعقد فلم يبق فى البين الا الاجازة من المجيز فبها يتمّ جميع جهات المعاملة غاية الامر انّه الى زمان موت الاصيل كان المالك للثمن او المثمن هو و بعد موته يكون المالك وارثه و يقومون مقامه لكن فضولة و تبديل المالك لا يضرّ بصحة المعاملة بوجه وكك انقلابه الفضولية لا يضر بالمطلب ولزوم كون البايع حال البيع مالكا بالمبيع غير لازم وان تقدم الالتزام به من التسترى الا انّه بلا مدرك لامكانه فى المالك المتجدد بالارث ونحوه

واما على النقل فالعقد قد وقع من المتعاقدين و يبقى الى زمان الاجازة معلّقا فى الهواء حتى يجيزه المجيز فاذا اجاز يستند اليه العقد و موت الاصيل اوغيره من احد طرفى العقد لايضرّ بالعقد الواقع فانّ الشئ لاينقلب عما هوعليه اذن فتشمله العمومات والمطلقات

و بعبارة اخرى : انّ العقد بعدوقوعه فضولا مستجمعا لشرائط الصحة غيرجهة الاجازة ليستند الى المجيز و تشمله العمومات فلا

يخرج عن الجهة التى وقع عليها كما هو بديهى الوضوح ·

نعم لوكان الميت هو الاصيل لصار العقد من قبل ورّاثه ايضا فضوليّا فنتوقف صحته على اجازتهم ايضا كتوقفها على اجازة المجيز الآخر ·

و بالجملة لانعرف وجها صحيحا لدفع العمومات او المطلقات عن شمولها لهذه المعاملة ·

غاية الامر انّه على الكشف ينتقل المال بموت الاصيل الى الورثة من حين الموت فيكون العقد فضوليا من قبله ايضا و على القول بالنقل فالعقد يكون مراعى فيكون طرف العقد هو الوارث فضولة و باجازته ينتقل المال عنه و ينسب العقد اليه فلا يكون هذه الثمرة ثمرة البحث فانّه على القول بالنقل و الكشف مقتضى العمومات و الاطلاقات صحة العقد و ان لم تكن الادلة الخاصة للفضولى جارية هنا لعدم اطلاقها اوعمومها ·

الثمرة الثانية ان يعرض الكفر على احدهما اوكلاهما سواء كان كلاهما فضوليا او احدهما فضوليا و الاخر اصيل حيث ذكر الشيخ الكبير ظهور الثمرة هنا بين القول بالكشف او النقل ·

و تحقيق ذلك ان الكلام هنا تارة يقع فيما يكون المبيع عينا شخصيّا و اخرى يكون كليّا فى الذمة فعلى الاول فالكلام فيه بعينه هو الكلام فى الفرع الاول فانّه على القول بالكشف ينتقل الثمن او المثمن الى الوارث بمجرّد ارتداد احدهما ينتقل العين الشخصية الى الوارث فيكون ذلك الوارث طرفا للعقد فضولة فيتوقف صحة العقد على اجازته ايضا و على القول بالنقل فينتقل المال ايضا الى

الوارث مع كون العقد مراعى الى زمان الاجازة فان اجاز يقع والافلا على النحو الذى تقدم ٠

وعلى الثانى فلابدّ وان يفرض الكلام فى كون المبيع مسلما او مصحفا فانّه على فرض كونه غير المسلم والمصحف لايظهر ثمرة بين القولين اذ المرتد الفطرى يملك على الاقوى وان كان ينتقل امواله الموجودة بالارتداد الى الورثة وتبين عنه الزوجة ولايسقط عنه القتل ولكن كل ذلك لايوجب عدم قابليته للتملك بالنسبة الى الاموال التى حصلها بعد الارتداد بالحيازة او بالكسب بعمله او بالمعاملة على الذمة او ببذل شخص آخر وغير ذلك فانّه لادليل لنا يدل على سقوط المرتد الفطرى عن قابلية التملك بالكلية بواسطة ارتداده وانّما الدليل دل على ثبوت الامور المذكورة ٠

وتوهم انّ تملكه غير معقول فانّه امواله الموجودة تنتقل الى الورثة وبالنسبة الى الاموال التى تحصل بعد ذلك ينعدم الموضوع بالقتل ٠

ولكنه فاسد فانّه نفرض الكلام فيما لم يكن مقتولا اما لفراره عن الحاكم اولعدم بسط يد الحاكم عليه اوغير ذلك كما هو واضح ٠

اذا عرفت ذلك فنقول اذا كان المبيع فى البيع الفضولى مسلما او مصحفا ثم ارتد احدهما اى الاصيل او الفضولى فتظهر الثمرة حينئذ بين القول بالكشف وبين القول بالنقل فانّه على الاول فيحكم بكون الكافر مالكا لهما فانّ الفرض انّ الملكيّة قد حصلت من زمان العقد فحين الارتداد كان مالكا لهما ٠

واما على الثانى فلا لانه كان مراعى الى زمان الاجازة و-

بالاجازة كانت الملكيّة حاصلة والفرض انّ المشترى الاصيل مثلا ارتد وسقط عن قابليّة تملك المسلم او القرآن فيحكم ببطلان المعاملة كما هو واضح .

وتوضيح الكلام بعبارة اخرى ان يقال انّه لافرق بين موت احد المالكين اوكلاهما وبين ارتداده الا من بعض الجهات فانّ الارتداد الفطرى ايضا موت شرعى وبيان ذلك انّه لوكان المبيع او الثمن مالا شخصيا فكما انّه بموت الاصيل ينتقل الى الورثة فتكون الورثة طرفا للمعاملة وهكذا فى فرض الارتداد ولايفرق فى ذلك بين القول بالكشف او الرد كما تقدم غاية الامر يكون العقد بالنسبة الى الورثة ايضا فضولية واما لوكان دينا فى الذمة فعلى القول بالكشف فايضا يحكم بالصحة بالاجازة ويلزم الورثة باعطاء الثمن او المثمن اذ التوريث بعد اخراج الوصية والديون ومن بعد وصية يوصى بها او دين وعلى هذا ايضا لايفرق بين الموت والارتداد الفطرى واما على القول بالنقل فلا يمكن الحكم بالصحة ايضا مطلقا فانّ العقد كان مراعا الى زمان الاجازة وزمان الاجازة هو زمان النقل والانتقال والفرض ان المرتد والميت فى ذلك الزمان غير قابلين للتملك للارتداد والموت فى الميت مطلقا وفى المرتد اذا كان المبيع مسلما او مصحفا بناء على شمول نفى السبيل فى الآية بتملك الكافر المسلم او مطلقا اذا قلنا بعدم مالكيّة المرتد وكونه قابلا لذلك وهنا ايضا لايفرق بين الموت والارتداد فانّ عدم قابلية التملك مشترك بينهما واما اذا قلنا بالكشف وكان الثمن العمل لجواز جعله ثمنا فى البيع كما تقدم فيظهر الثمرة حينئذ بين المرتد والموت حيث انّه فى صورة الموت قد حكمنا بانتقال

الثمن الى الورثة فى العين الشخصى و بلزوم ادائهم فى الدين و اما فى صورة كونه عملا يبطل العقد فى صورة الموت لعدم امكان دفعه منه الا على احتمال انتقاله الى القيمة و اما هنا فلا يبطل فانّ المرتد غير قابل للتملك لانّه غير قابل باعطاء ما ملكه للاخر من العمل مع امكانه كما لا يخفى .

الثمرة الثالثة ما انسلخت قابلية المنقول بتلف و نحوه كما اذا كان المبيع خلا ثم صار خمرا .

و هذا يتصور على نحوين الاول ان يكون ذلك قبل القبض بان باع الفضولى دار زيد فضولة و قبل اقباضها الدار قد خرجت و انهدمت و خرجت عن استمرار القابلية للتملك فيحكم حينئذ ببطلان العقد على القول بالكشف و النقل فانّ تلف احد العوضين قبل القبض يوجب بطلان العقد و هذا معنى انّ التلف قبل القبض من مال مالكه كما سياتى اى ينفسخ العقد بذلك لا انّ المالك يجبر بدفع الغرامة كما لا يخفى اذن فلا معنى للتكلم فى الثمرة فانّه مع البطلان لا تصل النوبة الى ذلك بل الامر كك حتى على تقدير كون طرفى العقد اصيلين فانّ البطلان مستند الى جهة تلف احد العوضين قبل القبض و البطلان من هذه الجهة غير مربوط بجهة اخرى .

الثانى ان يكون التلف بعد القبض كما اذا كان المبيع قبل البيع تحت يد المشترى بالايجار و نحوه و تلف بعد البيع او كان امواله تحت يد الوكيل فى غير جهة البيع فباعها شخص آخر من الوكيل فضولة ثم تلف المبيع قبل الاجازة فانّه حينئذ لا شبهة فى ظهور الثمرة بين القولين فانّه على القول بالكشف يكون التلف من الذى

انتقل اليه المال فبالاجازة يكشف تلفه منه ٠

واما على القول بالنقل فيحكم بالبطلان فانه زمان العقد لم يحصل النقل على الفرض وفى زمان الاجازة قد انعدم المال فلا يكون المعدوم قابلا للانتقال الى المنقول اليه بالاجازة كما لا يصح ذلك ابتداء ٠

ومن هنا ظهر انّ ما اشكل به شيخنا الاستاذ وغيره من رد هذه الثمرة على اطلاقه غير تمام اذ عرفت الفرق بين كون التلف قبل القبض او بعده ولعل نظر هؤلاء الاعاظم الى صورة كون التلف قبل القبض ولكنّه غير مختص بالمعاملة الفضوليّة كما عرفت ٠

قوله ﴿ اوعروض نجاسة له مع ميعانه ﴾ ٠

اقول : نحتمل انّ هذا صدر من سهو القلم فانّه بناء على ما نعيّة النجاسة وتسرية مانعيتها الى المتنجس ايضا فهى انما تمنع عن التمليك والبيع ولا يوجب سقوط المتنجس الغير القابل للتطهر كالدهن ونحوه عن الملكيّة فان كلامنا فى سقوط المنقول عن قابليّة الملكيّة عن قابلية التمليك والبيع ومن هنا لا يوجب التنجس سقوط المتنجس عن الملكيّة ولذا يضمنه المتلف نعم يقع ذلك لو كان خلا وصار خمرا نعم لو كان مراده من ذلك تعميم سقوط القابلية الى الشروط بالمثال بان كان مراده انّه تارة يكون المنقول عنه او المنقول اليه ساقطا عن قابلية التملك كما تقدم واخرى يكون المنقول عنه خارجا عن تلك القابلية كما اذا تلف او كان خلا وصار خمرا ٠

وثالثة تسقط عن قابلية استيفاء المنقول بالشروط فانّه بناء على مانعية النجاسة عن التمليك والبيع فيكون المبيع بعروض النجاسة

الغير القابلة للتطهر خارجا عن تلك القابلية اى قابلية التمليك و التملك بالبيع و الشرى وعلى هذا فلايرد عليه شئ ٠

ثم انّ هنا كلاما لصاحب الجواهر كما عرفت حيث انّه اعتبر بقاء القابلية لكل من المنقول عنه و المنقول اليه و المنقول وحكم ببطلان العقد بخروج واحد منها عن القابلية و بعدم استمرارها الى زمان الاجازة لكونها على خلاف مقتضى ادلة صحة الفضولى فانّ المتيقن منها صورة بقاء قابليّة تلك الامور و استمرارها الى زمان الاجازة كما هو واضح وقد اجبنا عن ذلك بانه ان كان نظره فى اخذ المتيقن الى الادلة الخاصة لصحة الفضولى فهو كما (كماهوكك) افاده فانّه ليس لها اطلاق يؤخذ به و يحكم بمقتضاه انما سرى و ان كان نظره الى العمومات و الاطلاقات الدالة على صحة الفضولى فهو ممنوع اذ لاوجه لمنع تلك الاطلاقات بوجه وقد اجاب عنه شيخنا الانصارى بوجوه الاول بالنقض بالعقود المتتابعة و فيه ما تقدم من انّ الناقل فيها الاجازة و تفصيله فى تقرير بحث شيخنا الاستاذ ٠

الثانى بالروايات الظاهرة فى ذلك وقد قلنا ان المراد منها روايات التجارة بمال المضاربة و مال اليتيم حيث لم يستفصل فيها بين موت المالك وحياته مع العادة جرت بموت المالك فى مدة طويلة غاب عنه العامل ٠

و فيه : انّ تلك الروايات و ان كانت ظاهرة فى ذلك و ظهورها فيما افاده مما لاينكر الا انها لم تتم دلالتها على المقصد و ليس فيها ما يستفاد منها صحة بيع الفضولى ٠

الثالث اشكل عليه بصراحة بعض الروايات الاخرى فى ذلك و

انّه لافرق فى صحة البيع الفضولى بين موت احد طرفى المعاملة من المالكين وعدمه ٠

وفيه : لم نجد فى الروايات المتقدمة ما يكون صريحا فى ذلك الا رواية على بن اشيم المتضمنة لشراء العبد المأذون فى التجارة و عتقه وارساله الحج مع موت المالك قبل اجازة مالك العبد فعل عبده

الا انها غير مربوط بالمقام حيث انّ المشترى انّما كان هو- الوكيل من قبل المالك ولم يكن فضوليّا حتى يكون دليلا على المقام ومن هنا منعنا دلالتها على صحة المعاملة الفضولية ٠

الرابع بما يدل على صحة نكاح الصغيرين مع موت الآخر حيث يرث الحىّ من الميّت مع الحلف كما تقدم وحيث انّ الزوجين فى النكاح بمنزلة المالين فى البيع فى الركنية فاذا صح العقد فيما يكون من اهم الامور اعنى النكاح فانّه من الاعراض والفروج واهميتها عند الشارع معلوم فيكون غير الاهم صحيحا بطريق اولى فيكون الاستدلال بالفحوى وفيه على تقدير صحة الاستدلال بها فيما تقدم على صحة المعاملة الفضولية بالفحوى والاولوية بدعوى انّه اذا قلنا بصحة- الفضولية فيما فيه وطى مع كونه من اهم الامور وفيما ليس من الفروج نحكم بالصحة بالاولوية واغمضنا النظر عمّا قلناه من منع الاستدلال بذلك ٠

الا انّه لايمكن التمسك بها فى المقام حيث انّ الرواية تعرضت فى صورة موت احد الزوجين بقضية الارث وليس فيه وطى حتى يتوهم صحة غير النكاح بفحوى ذلك بل هو ايضا من قبيل الاموال اذن فلا يمكن التعدى منها الى غير موردها بالفحوى كما هو واضح بل ليس

التعدى الا قياسا و نحن لانقول بذلك مضافا الى منع دلالتها بصحة المعاملة الفضولية فى غير مورد النكاح بالفحوى كما تقدم .

الخامس انّه قد استدل على عدم اشتراط القابليّة فى المنقول برواية عروة البارقى حيث انّ رسول اللّه (ص) لم يستفصل بين موت الشاة و بقائها عند الاجازة بل اجاز البيع بقوله بارك اللّه فى صفقة يمينك .

و فيه : انّ عدم الاستفصال لاجل الاطمينان ببقاء الشاة و عدم موتها .

و ثانيا وجود الاستصحاب هنا الحاكم على بقاء الشاة و اما ذبحها فمع العلم بها لايضر ايضا فانّ الذبح لايخرج الشاة عن المالية وعن استمرار تلك القابلية غاية الامر كانت المالية قبل الذبح قائمة بالشاة و بالذبح كانت قائمة باللحم كما هو واضح .

و كلامنا فيما يكون المنقول خارجا عن تلك القابلية الماليّة .

ثمّ انّه يقع الكلام فى عكس تلك الفروض المتقدمة بان كان العاقد او العوضين او المالكين غير قابلين فى حال العقد للعاقدية و المالكية و العوضية فصار قابلا بعد العقد و قبل الاجازة و قد حكم الشيخ ره بالبطلان فى جميع الصور مطلقا و لكن الظاهر ان نفصل فى الشروط و توضيح ذلك انّ الشرط تارةً يكون شرطا للعاقد كما اذا اعتبرنا كونه بالغا و حكمنا ببطلان عقد الصّبى وعممنا قوله (ع) عمد الصبى خطا الى ذلك ايضا فيكون عقد الصبى باطلا و لا ينعقد من الاول فانّه يشترط فى تحققه و صدوره حين الصدور ان يصدر من البالغ و على هذا فلو صدر العقد من الصبى ثم صار بالغا لا يمكن الحكم بصحة مثل

هذا العقد فانه كان حين صدوره باطلا لفقدانه للشرائط ثم صار واجدا لها فوجدانها بعد تحققه باطلا لاينقلب (يقلّب) الباطل الى الصحيح فانّ الشئ لاينقلب عما هوعليه ٠

واخرى يكون الشرط شرطا لنفس العقد وذاته كعدم كون العقد غرريا حيث انّه شرط لنفس العقد وذاته مشروط بان لا يكون فيه غرر من الاول والا فيبطل من الاول ولايتحقق صحيحا وعلى هذا لو تحقق العقد حين وقوعه غرريا ثم ارتفع الغرر قبل الاجازة فلا يمكن الحكم بذلك ايضا بصحة العقد المتحقق حين وقوعه غرريا لما تقدّم من انّ وجدان الشرائط بعد تحققه باطلا للفقدان لا يقلب الباطل الى الصحة والشئ لاينقلب عمّا هوعليه ولايفرق فى ذلك ايضا بين النقل والكشف ٠

وثالثة يكون الشرط راجعا الى المال وهذا على قسمين فانّه تارة يكون انعدامه موجبا لانعدام المالية واخرى لايكون اما الاول كاشتراط عدم كون المبيع خمرا او اشتراط وجود الثمرة وبدو صلاحها فى بيع الاثمار فانّه يلزم من انتفائهما انتفاء الماليّة مثلا لو باع خمرا من شخص فضولة وانقلب الخمر الى الخل بين زمانى العقد والاجازة فانتفاء ذلك الشرط حين العقد يوجب بطلانه على النقل والكشف فانّ فى الزمان الذى وقع عليه العقد لم يكن مالا وقابلا للبيع اما لاعتبار المالية واما للنص وفى الزمان الذى كان مالا وواجداً لان يكون مبيعا لم يقع عليه العقد٠

وبعبارة اخرى :انّ العقدوقع عليه فى الزمان الذى الغى الشارع ماليته وقابليّة كونه مبيعا وبطلان العقد عليه حين صدوره بمقتضى

ثمن الخمر سحت و ما يكون حين صدور البيع و وقوع العقد عليه غير قابل لذلك بل اوجب بطلان العقد الواقع عليه ثم صار قابلا لذلك لايوجب صحّة العقد فانّه حين زمان صدور العقد اوجب بطلانه و فى زمان لايوجب بطلان العقد لم يقع عليه عقد .

و هكذا الكلام فى بيع الثمرة قبل الظهور و الانعقاد فانه ايضا لو باعه احد من شخص فضولة حين كونه زهرة ثم صار ثمرة لا يكون ذلك البيع صحيحا امّا لاعتبار المالية او للنص فانّه حينما وقع عليه العقد لم يكن مالا و قابلا لان يقع عليه العقد بل كان يوجب بطلانه وحين كونه قابلا وغير موجب لبطلان العقد عليه لم يقع عليه عقد كما هو واضح و هكذا الكلام فى جميع الموارد التى يكون الشرط من هذا القبيل و لايفرق فى ذلك كلّه بين القول بالنقل و الكشف بل الامر كك لو وقع العقد عليه من الاصيلين و الفضولى لا يزيد على الاصيل .

و اما الثانى فهو ما يرجع الشرط الى المال مع الحفاظ الماليّة فى صورتى الفقدان و الوجدان وكونه الشرط راجعا الى جهة الاوصاف الكماليّة دون مايقوم بها الماليّة و هذا كالمثال المتقدم من المايع المتنجس فاذا وقع على المايع الطاهر عقد فضولا و بين العقد والاجازة عرضت له النجاسة فانّه بناء على مانعية النجاسة عن البيع بمقتضى رواية تحف العقول او شئ من وجوه النجس او اشتراط الطهارة فى المبيع لايكون هذا المايع الذى وقع عليه العقد واجداً لشرائط البيع واذا طهر قبل الاجازة فالظاهر هو صحته على القول بالنقل اذ حين وقوع العقد على هذا المال كان مالا وغير ذلك المال مما وقع عليه

الاجازة غاية الامركان حين العقد فاقدا للشرط وحين الاجازة واجد له ولكن الماليّة مالية وحدانية محفوظة فى ذلك المال من البدو الى زمان الاجازة ولم يرده الشارع ولا العرف ما وقع عليه العقد مغائرا لما وقع عليه الاجازة وهذا بخلاف مثل الخمر فان ما وقع عليه العقد مغائر لما يرد عليه الامضاء فى نظر الشارع بل فى نظر العرف فى بعض الموارد وما وقع عليه العقد ليس بمال فى نظر الشارع وما يرد عليه الاذن مال فى نظره فكيف يتحدان ويحكم بالصحة وهكذا العين الموقوفة لاشخاص خاصة فانه لايجوز بيعها الا فى الموارد المخصوصة فاذا باعها شخص فضولة ثم عرض لها ما يجوز بيعها كالخلف بين اربابها فانّه لامانع من الحكم بصحة مثل هذا البيع لعدم ما يوجب بطلانه وانّ ما وقع عليه العقد غير ما وقع عليه الامضاء غاية الامركان حين وقوع العقد عليه فاقداً لشرط من شرائط البيع وحين الامضاء واجد لذلك وهكذا الكلام فى بيع امّ الولد ثم مات ولده .

والوجه فى صحة العقد فى امثال ذلك انّ العقد قد تحقق واستند الى من له العقد بالاجازة فيشمله دليل صحة البيع عموما واطلاقا .

لايقال انّه حين وقوع العقد على امثال ذلك كان البيع فاقدا لذلك الشرط فيكون باطلا وما يكون موجودا عند الاجازة لا يوجب انقلاب الفاسد الى الصحيح كما تقدم فى الشروط الراجعة الى العاقد ونفس العقد وما يكون به الماليّة كما لايخفى .

فانّه يقال كلامنا على طريقة النقل اخ لايصدق البيع على ذلك العقد الا حين الاجازة فانّه زمان النقل والانتقال وفى ذلك الوقت

فالعقد واجد لجميع الشرائط ٠

و اوضح من جميع ذلك ما يكون الشرط راجعا الى المالكين كما اذا باع العبد المسلم او المصحف من الكافر فضولة ثم اسلم الكافر بل صار بعد ذلك من الزّهاد قبل ان يتحقق الاجازة فانّه لا وجه حينئذ للحكم ببطلان العقد ٠

و السر فيه ما كرّرناه مرارا من انّ حقيقة البيع هو التبديل بين المالين و خصوصية المالك ملغاة فى ذلك بل اللازم وجود طبيعى المالك و هو ايضا لا من جهة الموضوعية بل يكون مقدمة للتبديل بين المالين وقنطرة لذلك فانّ التبديل فى جهة الاضافة اى الاضافة الملكيّة لايكون الا فى ملك مالك بل الامر كذلك حتى على القول بالكشف فانّه سياتى من المصنف انّ معنى الكشف ليس كشف حصول الملكيّة و نحوها من زمان العقد بالاجازة المتاخرة بل معناه هو الكشف عن تحقق النقل قبل زمان الاجازة ولو كان بعد تحقق العقد و على ذلك فلا مانع من الالتزام بالصحة فى تلك الموارد على القول بالكشف ايضا فانّ بالاجازة نكشف عن تحقق الملكية فى بيع الوقف و المايع المتنجس و بيع العبد المسلم من الكافر من زمان تحقق النزاع بين ارباب الوقف وعروض الطهارة للمايع و اسلام المشترى الكافر فتشمل العمومات و الاطلاقات على ذلك و ان لم تشمل عليها الادلة الخاصة لعدم اطلاقها فى صورتى تجدد الشروط بعد العقد و وجودها بعد العقد ٠

و بالجملة لامانع من التمسك بالعمومات فى تلك الموارد اذن فحكم المصنف بالفساد مطلقا فى صورة تجدد الشرط بعد العقد وقبل

الاجازة بلا وجه نعم الادلة الخاصة للفضولى لاتجرى فى المقام فانّه ليس فيها تعرض لصورة تجدد الشروط بعد العقد وقبل الاجازة ولا انّ فى مورد احد هذه الادلة ذلك المعنى موجود اذن فلا اطلاق لها نتمسك به هذا .

وقوله وربما يقال بظهور الثمرة فى تعلق الخيارات .

اقول : اما ظهور الثمرة بين القول بالكشف او النقل فى خيار الحيوان فالظاهر انّه لا اشكال فيه فانّه على القول بالكشف فيكون الخيار للمشترى من الاول وعلى النقل من حين الاجازة فانّه يصدق من حين العقد على الكشف انّ المشترى صاحب الحيوان فيشمله قوله (ع) (صاحب الحيوان المشترى او المشترى بالخيار الى ثلثة ايام) .

واما خيار العيب فالظاهر ايضا انّه على الكشف يثبت من الاول وعلى النقل من حين الاجازة فانّ دليل ثبوته سواء كان هو الشرط فى ضمن العقد اوغير ذلك شامل عليه من الاول على الكشف تمامية المعاملة على الفرض وان وقف على الاجازة بخلافه على النقل فانّ الفرض انّه لم يحصل النقل والانتقال حتى يشترط فى ضمنه الخيار ويكون للمشترى او للبايع خيار الحيوان ونتيجة ثبوت الخيار له من الاول انّه لو فسخ بالخيار لا بالرد يكون النماءات قبل الفسخ له لان الفسخ رفع الامر الثابت وقطعه بخلاف الرّد فانّه دفع ومانع عن تحققه من الاول واما خيار المجلس فاحتمل شيخنا الاستاد عدم ثبوته على النقل والكشف ولانعرف له وجها صحيحا والذى ينبغى ان يقال انّه انّما يثبت على النقل والكشف مطلقا اما على الكشف فمن حين

العقد لصدق البيع على طرفى العقد سواء كان كلاهما فضوليا او احدهما اصيلا و الآخر فضوليّا لفرض تماميّة المعاملة من جميع الجهات الامن ناحية الرضا فهو يحصل بعد ذلك على الفرض فعدمه عند العقد لايمنع عن صدق عنوان البيع و اما على النقل فمن حين الاجازة فانّ الفضوليين ليسا الا مجرّد العقد فلا يصدق عليها البيع ليتوهم ثبوت الخيار لهما و اما المالكين فالفرض انّ الملكية انما تحصل لهما بعد الاجازة و قبلها لم يحصل النقل و الانتقال فلابدّ و ان يثبت من حين الاجازة لان زمانها زمان االنتساب العقد اليهما و صدق البيع عليهما كما هو واضح فيكون المناط افتراقهما عن مجلس الاجازة ولوكان بعيدا غايته فينجزان العقد بالتلفون مثلا فانّ لفظ المجلس لم يرد فى رواية ليوءخذ بمفهومه و اما حق الشفعة فهو ثابت لاحد الشركين من جهة دفع الضرر ما اذا باع احد حصة احد الشركين للاجنبى فضولة ثم باع الشريك الاخر حصته من شخص آخر اصالة فعلى القول بالكشف فحيث انّ المشترى الاول ملك العين قبل المشترى الثانى فيثبت حق الشفعة له و يأخذ الحصة الاخر من المشترى الثانى بالشفعة و اما القول بالنقل فحق الشفعة للمشترى الثانى اذا الاجازة بعد البيع الثانى و الفرض انّ زمان تحقق البيع و المعاملة و استنادهما الى المالك وعند حصول النقل و الانتقال هو زمان ثبوت حق الشفعة فهو مسبوق بحق الشفعة للمشترى الثانى و ربّما يقال بظهور الثمرة فى صورة تعاقب الايدى و سياتى تعرض المصنف بذلك تفصيلا و نتعرض به نحن ايضا .

و اما ظهور الثمرة فى تعلّق النذور و الاخماس و الزكوات عليه

فالظاهر ان يفصّل بينها لانها ان كانت متعلقة بالملك من حيث هو ملك مع قطع النظرعن الجهات الخارجية كالنذر و الحلف و الخمس و نحو ذلك فلا اشكال فى ثبوتها من الاول و تعلقها عليه على القول بالكشف دون النقل و ان كان ممّا يتعلق بالملك مع لحاظ جهة اخرى كالزكوات حيث انّها تعلقت بالملك مع لحاظ جواز التصرف فى المال و الا فلا يتعلق عليه اذن لاتجب الزكوة على القول بالكشف لاعلى البايع و لاعلى المشترى اما البايع فلانّه قد خرج المال عن ملكه قبل تعلّق الزكوة عليه فما ليس ملكه لايجب فيه الزكوة و اما المشترى فلانّه و ان كان المال ملكا له و لكنه لايجوز له التصرف قبل الاجازة و شرط تعلق الزكوات جواز التصرف فى المال ·

و اما على القول بالنقل يتعلق الزكوة على المالك ليس الا كما هو واضح ·

قوله (ره) و ينبغى التنبيه على امور ·

اقول : الاول انّ النزاع فى باب الفضولى فى انّ الاجازة كاشفة او ناقلة ليس من جهة اخذ ذلك فى مفهوم الاجازة لغة او عرفا او انصرافا بل من جهة الحكم الشرعى حيث انّ القائل بالكشف انّما يدعى استناد العقد الى المالك المجيز من حين العقد بواسطة الاجازة فانّ ما يسنده الى نفسه ذلك العقد فيقتضى ذلك ان يقال بالكشف ·

و القائل بالنقل يقول انّ العقدمستند الى المالك حين الاجازة فلابدّ من القول بانتقال الملك اليه ايضا فى ذلك الوقت و هذان مختلفان فى مقام الثبوت ·

واما فى مقام الاثبات فلابدّ من اثبات انّ اوفوا بالعقود هل هو متكفّل بوجوب الوفاء على العقد من الاول وان كان الاستناد فى زمان الاجازة او بوجوب الوفاء من زمان الاجازة فقط و قد تقدم تفصيل ذلك فالمقصود هنا التنبيه على انّ ذلك المعنى من ناحية الشرع ٠

ثمّ انّ المالك المجيز لو اجاز العقد على خلاف ما بنى عليه المفتى و مجتهده بان بنى المقلّد على الكشف فامضى المالك من زمان النقل او من الوسط اوكان المفتى بانيا على النقل فهواجاز العقد من زمان العقد وعلى طريقة الكشف فهل يصح العقد حينئذ او يفسد و على تقديرصحته فهل يقع من زمان الاجازة على النقل و من حين العقد على الكشف او يقع من زمان تعلّق اجازته به و الظاهر هو التفصيل بين القول بالكشف و بين القول بالنقل فعلى الاول فيحكم بالبطلان وعلى الثانى فلا و بيان ذلك اما وجه البطلان على الاول فالذى استندنا اليه فى اثبات الكشف هو ان مقتضى العمومات استناد ذلك العقد الذى اوقعه الفضولى الى المالك المجيز بالاجازة و صيرورته عقداً له من حين صدوره و تحققه ولاقصور فى اثبات ذلك فى العمومات كما تقدم فانّه قلنا انّ الاهمال فى الواقع غير معقول فلابدّ من الاطلاق او التقييد ولاشبهة انّ المنشاء بالعقد الفضولى هو الاطلاق اذن فلا وجه للالتزام بكونه ممضى من زمان الاجازة بل لابدّ وان يمضى على النحو الذى انشائه المتعاقدان ٠

و بالجملة حيث انّ الظاهر من كون المنشأ بالعقد الفضولى مطلقا لعدم التقييد وعدم الاهمال فى الواقعيّات فبالاجازة يستند

ذلك العقد الى نفس المالك المجيز بمقتضى العمومات و الاطلاقات فيكون عقدا له ·

وعلى هذا المنهج فلو اجازه المجيز من الوسط او من زمان الاجازة فلا يمكن تصحيح مثل ذلك العقد لانّ المنشأ عبارة عن الملكيّة المطلقة ولم تقع عليه الاجازة و ما وقعت عليه الاجازة لم تنشأ فيكون باطلا ·

و بعبارة اخرى : انّ المنشأ بالعقد الفضولى واجد لجميع للشرائط التى تعتبر فيه الا الرضا فلابدّ من القول بصحته من انضمام ذلك الرضا بذلك العقد المنشأ على النحو الذى قد انشأت و الا فيحكم ببطلانه ·

و اساس ذلك هو ما تقدم من لزوم المطابقة بين الايجاب و القبول فانّ الاجازة و ان لم تكن قبولا حقيقة لتماميّة العقد بالفضولية ايجابا وقبولا و الا لكان باطلا للفصل الطويل بين الايجاب و القبول ·

الا انّ ملاك لزوم المطابقة بين الايجاب و القبول موجود هنا فانّه كما لو تخلّف الايجاب عن القبول لكان العقد باطلا بان تعلق الايجاب مثلا بالزوجية الدائمية و قبل الزوج الزوجية المنقطعة او تعلق الايجاب ببيع الدار و القبول بملكيّة البستان او تعلق الايجاب ببيع الدار و القبول باستيجارها فانّ فى جميع ذلك يحكم ببطلان العقد لتخلّف الايجاب عن القبول و انّ ما انشأه المنشئ غير ما قبله القابل فبمقتضى القاعدة يكون العقد باطلا و كك الحال فى قضية الاجازة ، فانّ روح العقد و قوام صحته بذلك و العقد انّما هو توجد بالايجاب والقبول على النحو الذى قد انشأ بهما فلابد فى صحة ذلك من

سريان ذلك الروح الى تمام المنشأ بحيث افضى ذلك العقد المنشأ بذلك الرضا فلو تعلق بغير المنشأ فلا يمكن الحكم بصحة شئ منهما اما المنشاء بالفضولى فلفقدان الرضا لعدم تعلقه به على الفرض واما ما تعلّق به الرضا فلفقدان الانشاء لعدم كونه منشأً على الفرض و بالجملة ملاك لزوم التطابق بين الايجاب و القبول بعينه موجود هنا فلابدّ من صحة العقد الفضولى على القول بالكشف من مطابقة الاجازة مع المنشأ كما هو واضح لايخفى واما على القول بالنقل فالظاهر هو الصحة مع مخالفة الاجازة عن ما بنى عليه المفتى بان اجاز من حين العقد او من الوسط نظير القول بالكشف و ذلك نظير بيع شئ قبل سنة بحيث يكون نمائه من تلك السنة للمشترى فانّ مثل ذلك لايضر بالمطابقة فانّ التخلف بين الايجاب و القبول ولو بمقدار لا يكون فصلا طويلا مما لا بدّ منه مع انّ الايجاب هو انشاء المنشأ من حين الايجاب و القبول بعد دقيقة او دقيقتين فلم يحصل المطابقة بينهما و لكن مثل ذلك لايضر بالمطلب قطعا للسيرة القطعية على عدم اضراره بالعقد .

نعم فيكون اجازته هذا مع قصد شرعية هذا العقد تشريعا محرما ولغوا و مع عدم قصد شرعيته لغوا فقط كما يكون البيع قبل سنة ايضا لغوا لكونه على خلاف الارتكازات العرفية وعلى خلاف المتعارف فلا تشمله الادلة فلا يكون حراما فكيف كان فلا يضر بصحة العقد و شمول ادلة الصحة على ذلك .

قوله الثانى : انّه يشترط فى الاجازة ان يكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة .

اقول : المحتملات هنا اربعة ٠

الاول : اعتبار اللفظ الصريح فى الاجازة فلا يكتفى بالكناية فضلا عن غير اللفظ ٠

الثانى : الاكتفاء بكل لفظ دل على الرضا ولو بالكناية ٠

الثالث : عدم الحاجة الى اللفظ ايضا وكفاية الانشاء الفعلى نظير بيع المعاطاتى ٠

الرابع : الغاء الانشاء قولا و فعلا والاكتفاء بمجرّد الرضاء الباطنى فى طرف الاجازة و بالكراهة الباطنيّة فى طرف الرّد و ربّما يقال باعتبار اللفظ الصريح فى الامضاء لانّ الاستقراء و التفحّص يدلنا على اعتبار اللفظ فى الايجاب و القبول فمقتضى ذلك عدم كفاية غير اللفظ الصريح فى الاجازة ايضا ٠

و فيه على تقدير قبول تماميّة الاستقراء فانّما هو فى الايجاب و القبول فقط فلا يسرى بالاجازة حيث انّ العقد قد تمّ وكون الاجازة مثل القبول فى التطابق لايقتضى كونها مثله من جميع الجهات و قد استدل بعضهم على اعتبار اللفظ الصريح بانّ الامضاء مثل البيع فى استقرار الملك وقد نسبه المصنف الى المصادرة و هوكك ٠

بل ظاهر رواية العروة البارقى كفاية الكناية فى الاجازة ولو كان اللفظ الصريح لازما فى البيع فانّ قوله (ص) بارك اللّه فى صفقة يمينك من لوازم امضاء العقد لانه بنفسه مصداق للاجازة اذن فيكفى فى الامضاء مثل احسنت و نحوه ٠

اذن فلا دليل على اعتبار اللفظ الصريح فى الاجازة و الرد بل لادليل على اعتبار اللفظ اصلا و يكفى فيه مطلق مايوجب انشاء الاجازة

و يكون ممبرزا للرضا الباطنى بحيث يحكم باستناد العقد اليه عرفا بدليل الوفاء بالعقد ولوكان فعلا كتمكين الزوجة نفسها من الزوج و اعطاء المالك العين المبيعة للمشترى وهكذا وهكذا بل هذا هو المتعين فانّه لاشبهة فى صدق الانشاء والابراز، والاظهار بكل ما يوجب ذلك من الفعل او القول ولوكان بتحريك الرّاس واذا صدق عليه انشاء الرضا الباطنى عرفا وصدق عندهم استناد العقد الى المجيز فبمجرد ذلك تشمله العمومات والاطلاقات فيحكم بصحته ولزومه ومع هذا اىّ شئ يمنع عن نفوذ ذلك العقد وصحته كماهو واضح .

وبالجملة لامانع من صدق العمومات على ذلك العقدالفضولى اذا انضم الى المالك المجيزعرفا باىّ نحوكان الانضمام فانّ المناط فى صحة العقد الفضولى ليس الا استناد العقد اليه ولايعتبر شئ آخر ورائه كما لايخفى .

ثم انّ العلامة الانصارى (ره) قرّب الاحتمال الرابع وكفاية مطلق الرضا الباطنى فى الاجازة فلوعلم ذلك ولو بغير مظهر و مبرز فيكفى فى صحة العقد الفضولى واستدل عليه بوجوه وقد تعرضنا لذلك فى اول البيع الفضولى عند عدم اعتبار الرضا المقارن فى اخراج العقد من الفضوليّة الى غير الفضولية فحيث اكتفى المصنف بكفاية رضا المقارن فى ذلك فاكتفى بكفاية رضى الباطنى المتاخر فى الامضاء ايضا .

الاول مما استدل به على مقصده لصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع فى امرئة زوّجت نفسها من رجل فى سكرها ثم افاقت وعرض لها النكاح فاقامت معها مقام الزوجة فقال (ع) اذااقامت معه بعدما

افاقت فهو رضى منها وجه الاستدلال بها هو حملها على صورة توكيل الغير فى حال سكرها فى التزويج بحمل ذلك التوكيل على الفضولية والا فلا اعتبار بعقد السكران لو كانت بنفسها مباشرة للعقد كما فى حاشية السيّد ٠

وفيه : انّ نفس الاقدام بذلك اجازة فعليّة للعقد الفضولى فليست فيها دلالة بكفاية الرضا الباطنى من دون كاشف ومبرز والا فلا مبرز له ومن اين علم ذلك ٠

ومنها ما فى بعض اخبار الخيارات ما احدث فيه المشترى حدثا قبل ثلثة ايّام فذلك رضا منه ولا شرط له وقيل له وما الحدث قال ان لامس اوقبل الخ ٠

فاستدل بها بانّ الظاهر من قوله فذلك رضا كفاية الرضا فى الاجازة والامضاء وكون المناط فى ذلك هو الرضا فقط ٠

وفيه : انّ ذلك اشارة الى الحدث الذى هو من الافعال فيكون الخبر دالا على كفاية الرضاء المظهر بالمظهر لا بكفايته مجردا عن ذلك فلولا كون ذلك الحدث مظهر للرضا فمن اين علم ذلك ٠

ومنها الاخبار الواردة فى تزويج العبد بدون اذن سيده حيث انّ المانع من ذلك عصيان المولى فيرتفع برضاه والاخبار الاخر الواردة فى تزويج العبد بغير اذن سيده مع سكوت سيده فقد علل بانّ سكوت سيّده اقرار له بالعقد وغير ذلك من الاخبار الواردة فى خصوص تزويج العبد بغير اذن سيّده الظاهرة فى صحتها مع رضا المولى وان لم يظهره بمظهر فيعلم من ذلك كفاية الرضا الباطنى فى الامضاء حيث انّ صحة عقد العبد ايضا متوقف على اجازة المولى ٠

وفيه : مضافا الى كون السكوت رضى فعليا لكونه من الافعال فيكون كاشفا عن الرضا فلا تكون تلك الروايات دالة على كفاية مجرد الرضا الباطنى انّه تقدم ان تلك الاخبار خارجة عن العقد الفضولى فانّ فى العقد الفضولى انّ الاجازة من المالك الذى ينسب العقد اليه و يستند اليه و يكون العقد عقده و هذا بخلاف عقد العبد بدون اذن سيّده فانّ طرف العقد و من يستند اليه العقد هو نفس العبد و المولى خارج عن ذلك غاية الامر انّ اجازته دخيلة فى صحة العقد كاجازة العمة و الخالة فى صحة عقد بنت الاخ و بنت الاخت فلو دلت هذه الروايات على كفاية الرضا الباطنى من المولى على عقد العبد فلا يكون مربوطا بما نحن فيه بوجه .

نعم مع قطع النظر عن هذا الاشكال انّ الاخبار الدالة على صحة عقد العبد بدون اذن سيّده لاجل انّه عصى سيّده و لن يعص الله لا باس من دلالتها على كفاية الرضا لما ذكره الشيخ من ان عصيان السيد يرتفع بالرضا .

****

و اما التمسك فى ذلك بالايات من اوفوا بالعقود و نحوه فيدیهى البطلان لانّ العمومات غير شاملة لعقد غير المالك الا بعد الانتساب كما عرفت و الانتساب لا يكون الا بانشاء الاجازة و اظهار الرضا عرفت بمظهر فعلّى او قولى كما مر .

و اما كلمات الفقهاء فايضا بوجوه .

الاول : انّه ذكر بعضهم انّه يكفى فى اجازة البكر السكوت

فهذا يدل على كفاية مجرّد الرّضا الباطنى لا انّ الرضا ليس بشرط فيه ٠

وفيه : قد عرفت من السكوت من جملة الافعال فيكون مبرزا فعليّا للرضا والا فمن اين علم انّ البكر راض بذلك العقد ٠

الثانى انّه علل جماعة عدم كفاية السكوت فى الاجازة بكونه اعم من الرضا فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل من عدم اللفظ الى عدم الدلالة كالصريح فى كفاية الرضا الباطنى والا كان حقه ان يقال السكوت لايكفى فى الاجازة لعدم اللفظ ٠

وفيه : انّه صريح فى ما ذكرنا لا فى ما ذكره المصنف والعجب منه كيف غفل عن ذلك فانّ قولهم انّ السكوت اعم من الرضا صريح فى انّ السكوت تارة يدل على الرضا واخرى لايدل فان الانسان تارة يسكت برضاية واخرى يسكت بدون الرضاية وردهم كفاية السكوت من جهة عدم دلالة الاعم على الاخص كما هو قضية منطقية بديهية وهذا صريح فى انّ السكوت غير الرضا وانما يدل عليه فى بعض الاحيان كما هو واضح لايخفى ٠

الثالث انّه ذكر بعضهم انّه اذا انكر الموكل الاذن فيما اوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لان الحلف يدل على كراهتها

وفيه : انّ العقد تارة يكون خياريا واخرى غير خيارى فعلى الاول فقيامه على مقام الحلف وانكار الوكالة يكون موجبا للفسخ كما هو معنى العقد الخيارى وعلى الثانى فبانكار الاذن والوكالة يكون فضوليّا فيكون ايضا قيامه مقام الحلف ردا فانّه ايضا من الافعال له وعلى ایّ حال يكون خارجا عن ما ذكره الشيخ ره وعلى تقدير دلالة

كلمات بعض العلماء على ذلك بل تصريحهم على ذلك فايضا لايدل هذا على كفاية مجرّد الرضا الباطنى فى الامضاء فانّه لا دليل على حجية قولهم لنا وانّما هم افتوا بذلك بحسب اجتهادهم و فهمهم ذلك من بعض الروايات او صدق العمومات بمجرّد الرضا وقد عرفت جوابها ثم انّ بين ما ذكرنا وما ذكره المصنف ثمر بيّن حيث انّه على ما ذكره المصنف يكون البيع بمجرد كشف رضا المالك ممضى بخلافه على ما ذكرنا فانّه ما لم يبرز الرضا الباطنى بمبرز لايفيد لنا عن الاجازة.

قوله « الثالث من شروط الاجازة ان لايسبقها الرّد » .

اقول : وقد استدل المصنف على اشتراط الاجازة بعدم سبق الرّد عليها بوجوه .

الاول : قام الاجماع على ذلك .

وفيه : انّه مضافا الى منع حجية الاجماع المنقول انّ تحققه ممنوع لانّه لااشعار به فى كلمات القدماء والمتاخرين الا فى كلام الشهيد فى القواعد ومع ذلك كيف يمكن دعوى الاجماع عليه .

على انّ الاجماع انّما يكون حجة اذا لم يكن له مدرك معلوم بل يكون مدركه قول المعصوم فيكون حجة من باب التعبّد المحض ومدركه هنا الوجهان الآخران وسنذكرهما فلا اقل من احتمال ذلك فانّ حجيته مشروطة بالعلم بعدم ابتنائه على مدرك معلوم ويكفى منع ذلك احتمال الابتناء بمدرك آخر.

الوجه الثانى : انّ الرّد ممّا يوجب انحلال العقد وانعدامه اذ الرّد الفاصل بين العقد والاجازة بمنزلة ما يتخلل بين الايجاب والقبول ويوجب خروجهما عن عنوان صدق العقد عليهما بيان ذلك

انّ قوام العقد و تحققه فى وعائه انّما هو بالتعاهد و التعاقد بين الموجب و القابل و ارتباط التزام كلّ منهما بالتزام الآخر ليحصل العقد٠

و بعبارة اخرى : انّ من الامور الحاصلة بفعل الطرفين الموجب والقابل و الايقاع عبارة عن فعل شخص واحد و قائم به فلو لم يكن بين الايجاب و القبول ربط وعقدة لانقلب الى الايقاع٠

وعلى هذا فكما لو انفصل بين الايجاب ما يوجب خروجهما عن ارتباط احد هما بالآخر واتصالهما بحيث يكون الايجاب ايجاباً لهذا العقد والقبول قبولا لهذا وكك الرّد فان الاجازة فى البيع الفضولى بمنزلة القبول ٠

وفيه : ان كان المراد من تخلل ما يوجب خروج الايجاب و القبول عن عنوانهما اعراض الموجب عن ايجابه وفسخه ما انشائه من الايجاب فهو متين فانّ الايجاب انّما يؤثر فى الملكيّة اذا بقى على حاله ولم يعتريه ما يوجب زواله واذن فلو رجع على ايجابه فلايفيده بوجه وان كان المراد من ذلك اعراض القابل عن ذلك و ردّه على الموجب وعدم قبوله ايجابه ثم ندم فله ان يقبل ذلك الايجاب فان ردّ القابل على الموجب لايخرج ايجابه عن التاثير ما لم يخرج عن الايجابيّة بواسطة الامور الاخر الموجبة لبطلانه ولا دليل على انهدامه برّد القابل ٠

اذن فالمطلب ليس بتمام فى المقيس عليه ٠

واما المقيس فلو سلمنا كون ردّ القابل كرّد الموجب موجبا لبطلان الايجاب وعدم تاثيره فى الملكيّة فلا نسلّم ذلك فى الاجازة للفرق الواضح بين القبول بالنسبة الى الايجاب و بين الاجازة بالنسبة

الى الايجاب و القبول فانّ العقد كما عرفت تماميته انّما هو بالايجاب والقبول ولو خلا عن احدهما لايتحقق العقد لعدم تحقق التعاهد والتعاقد فحيث انّ الرد من ناحية الموجب او من ناحية القابل اوجب ردّ الايجاب فما نعزل عن الايجابية فيبقى القبول منفردا فهو على وحدته لايكون عقدا .

وهذا بخلاف ما نحن فيه فانّ العقد قد تمّ بالايجاب بتمامه ولم يبق فى البين الا رضاية المالك ليكون ذلك تجارة عن تراض ومنتسبا الى المالك وحينئذ ان ردّ الاصيل ذلك العقد مع كون احد طرفيه اصيلا ثم اجاز فقد تقدم الكلام فى تاثيره وعدمه .

وان ردّ الفضولى ثم طرئه الرضا واجاز فهل يوجب ردّه هذا خروج العقد عن قابلية لحوق الاجازة به اولا .

الظاهر هو الثانى لانّ ردّه هذا لا يوجب انحلال العقد و لا يضرّ بصدق عنوانه على ذلك وعن قابلية انتسابه الى المالك بالاجازة لعدم الدليل عليه كما قلنا بعدم تماميته فى المقيس عليه مع كون الايجاب من احد اطراف العقد وكيف فى المقام حيث تم العقد و لم يبق الا انتسابه الى المالك فردّ الفضولى لايخرجه عن قابلية الانتساب ولادليل على تاثير ردّه فى انحلال العقد و لا مانع عن التمسك بالعمومات والمطلقات بعد الاجازة لصدق عنوان العقد على هذا وصدق انّ العقد عقده فيجب الوفاء عليه .

وبعبارة اخرى : انّ دليل الوفاء بالعقد سيق بعنوان القضية الحقيقية فانما تحقق العقد وصدق عليه عنوان العقد عرفا فيشمله ذلك الدليل فيحكم عليه بوجوب الوفاء وفى المقام حيث يصدق على

العقد الفضولى مع تخلل الرد من الفضولى بين العقد والاجازة انّه عقد عرفا فيشمله اوفوا بالعقود فيحكم عليه بوجوب الوفاء ٠

الثالث : انّ دليل السلطنة وهو يقتضى سلطنة المالك على ماله ومقتضى ذلك تاثير الرّد فى العقد وكونه موجبا لقطع علاقة الطرف الآخر عمّا انتقل اليه ٠

فانّه قد حصل بواسطة البيع الفضولى شأنيّة كونه للطرف الاخر فى ذلك المال فلو لم يكن له ازالة تلك الشأنيّة للزم الخلف فى دليل السلطنة وعدم كونه مسلطا على ماله فبمقتضى ذلك يكون مالكا على الرد ليزول ذلك السلطنة ٠

وفيه اوّلا : انّ دليل السلطنة نبويّته مرسلة فلا تكون حجة لعدم انجباره بشئ ٠

وثانيا : انّه قد تقدم سابقا انّ دليل السلطنة ليس مشرعا فى مفاده وناظرا الى الاحكام الشرعية بحيث لو شككنا فى ترتب بعض الاحكام على الاملاك نتمسّك بدليل السلطنة كما اذا شككنا ان لبس السنجاب جائز فى الصلوة اوغير جائز فنمسّك بدليل السلطنة اوان اكل شئ فلانى جائز اولا فنمسّك بذلك اوانّ بيع الميتة ونحوها جائزام لافنمسّك بدليل السلطنة وهكذا بل انّما نتمسّك به بعد الفراغ عن الحكم الشرعى من الجواز وعدمه والشك فى انّ للغير حق المنع عن ذلك كما فى المهجور والمجنون والصبى والسفيه اولا وبمقتضى ذلك يحكم بعدم جوازه وانّه ليس للغير ذلك ٠

وبالجملة انّ مقتضى تسلط الناس على اموالهم عدم جواز مزاحمة الغير عن تصرفاته فيما له ذلك شرعا وثبت جوازه وكان مفروغا

عنه قبل شمول دليل السلطنة و انّما دليل السلطنة ناظرة فقط الى منع الغير و حجبه عن ذلك التصرف الجائز.

و بعبارة اخرى : انّ موضوعه ثبوت الجواز قبله و بعد ثبوته و هو متكفّل لمنع الموانع الخارجية دائما و ليس له فى اثبات اصل الجواز مانع بوجه اصلا و الا يلزم ان يكون الناس مسلّطا على احكامهم بدليل السلطنة و يكون ذلك الدليل مشرعا.

و ثالثا : لو سلّمنا كون دليل السلطنة مشرّعا و ناظرا الى الاحكام ايضا و لكن لا يشمل المقام نقضا و حلا.

اما النقض فلانّه لو كان دليل السلطنة متكفلا لاثبات كون الرّد مزيلا لقابلية كون المال للغير باجازة المالك و مانعا عن بقاء علاقة الطرف الآخر فيه لكان مانعا من الحدوث و عن اصل انعقاد بيع الفضولى صحيحا حيث ان ثبوت علاقة الغير فى المبيع فضولا خلاف مقتضى سلطنة المالك فلو كان ذلك مانعا عن البقاء فاولى ان يكون مانعا عن الحدوث و الحال انّه غير مانع من الحدوث فيعلم من ذلك انّه غير مانع عن البقاء ايضا فلا يؤثر ردّه فى سقوط المبيع عن قابليّة انتقاله الى الغير بالاجازة لو كانت تلك القابليّة ثابتة بالبيع.

و اما الحل فبانّ تلك القابليّة فى الاموال ثابت من الاول و قبل البيع الفضولى حيث انّ لكل مالك له ان يبيع ماله من الغير برضايته و طيب نفسه و يجيز ذلك البيع من دون ان يثبت للطرف الآخر هنا حق و علاقة غاية الامر ففى صورة بيع ذلك المالك فضولة تحقق احد جزئى ذلك الموضوع المركب اعنى جواز البيع و كونه برضاية المالك و اجازته بفعل الفضولى اعنى العقد و بقى الجزء الآخر اعنى

الاجازة و ذلك من الاحكام الشرعيّة للمالك فى اموالهم وليس مربوطا بدليل السلطنة بل قبل ذلك الدليل و بدليل السلطنة هنا يمنع عن منع الغير من ايجاد ذلك الموضوع المركب اعنى البيع مع الرضاية والاجازة الذى من الاحكام الشرعيّة ٠

وبعبارة اخرى : جواز البيع و اجازته من الاحكام الشرعيّة الثابتة للملاك مع قطع النظر عن دليل السلطنة سواء كان هناك دليل السلطنة ام لم يكن نعم فى اجراء ذلك الحكم فى البيع الفضولى لانحتاج الى العقد لتحققه بل الى الاجازة فقط لتحقق الموضوع لانتقال المال الى الغير ٠

واوضح من ذلك انّ الفضولى لم يرد شيئا فى ذلك المال الذى باعه لتنافى سلطنة المالك ويكون ذلك علاقه لطرف الاخر كما توهم و بنى عليه اساس الاستدلال حتى يدفع ذلك بدليل السلطنة ويقال ان يدفع ذلك فلو لم يوثر للزم ان لايكون الانسان مسلّطا على ماله وانّما الفضولى قد اوجد موضوع الاجازة الذى عبارة عن العقد بحيث كان قبل ذلك اختيار ايجاده وعدمه تحت يد المالك بان يوجد الموضوع المركب من العقد والاجازة وكان ذلك ثابتا من الاول ٠

ولكن اذا اوجد الفضولى احد جزئى ذلك الموضوع المركب كان الجزء الآخر تحت اختيار المالك له ان يوجده وله ان لايوجده ٠

ولوكان دليل السلطنة متكفلا لاثبات جواز الرّد للمالك الفضولى بحيث ان يبقى الرّد موضوعا للاجازة للزم ان يكون نفسه معدوما لنفسه فانّه عرفت انّ الفضولى لم يفعل شيئا ينافى سلطنة المالك ـ

حتى يدفع بدليل السلطنة بل اوجد موضوعا للاجازة فليس هنالمالك المجيز الا الاجازة وعدمه فالاجازة تثبيت وعدمها تحليل والا فالرّد ليس له اثر وان كان مشوبا بسوء الخلق وضيق النفس ٠

وبعبارة اخرى : احد جزئى موضوع المعاملة وعلى هذا لو ثبت بدليل السلطنة ما يمنع عن نفوذ اجازة المالك المجيز للزم اعدام نفوذ الاجازة بدليل السلطنة وهذا ما قلنا من اللازم ٠

وببيان آخر انّ المال حسب انحفاظه تحت سلطنة مالكه فى عمود الزمان لو اراد احد التصرّف فيه بغير اذن اهله يتوقف على اذنه ولو منع عن تصرّفات مالكه بانحاء التصرفات فيدفع ذلك بدليل السلطنة واما لو لم يمنع عن تصرّفات المالك بوجه ولانّه تصرّف فيه بغير اذنه بل فعل فعلا فيه من دون تصرّف يكون فعله هذا موضوعا لفعل البايع فى ايجاد غرض من الاغراض بحيث لو كان بنفسه مباشرا لايجاد ذلك الغرض كان عليه ايجاد ما فعله الغير مع ما يحتاج صدوره عليه فحينئذ لا يكون دليل السلطنة دافعاً لذلك بل فعله هذا مويدّ لذلك الدليل ٠

ولو اريد اثبات الرد بدليل السلطنة فمعناه كما ذكرنا ليس الا منع تاثير الاجازة وسدّ بابها مع انها ثابتة بدليل السلطنة فيلزم من شموله اعدام نفسه بنفسه وهذا من الوضوح بمكان ٠

ثم انّ من العجائب قياس الاستاد الرّد بالاجازة بانّه كماليس للمالك فسخ العقد بعد اجازته وكك ليس له امضائه بعد ردّه ٠

ووجه العجب انّ الاجازة تثبيت العقد وتقريره فى مقرّه بخلاف الرّد فانّ كونه موجبا للفسخ اول الكلام كما عرفت فالصحيحة الظاهرة

فى صحة الاجازة بعد الرّد فعلى مقتضى القاعدة و تكون مؤيدة لما ذكرنا مع قطع النظرعمّا تقدم من عدم تحقق الرّد بذلك الاخذ ٠

نعم لها اشعار الى ذلك من جهة احتمال عدم ارادة ذلك التوجيه الذى ذكرناه وكك لاوجه لقياس الرّد بالفسخ من انّه كما لا يجوز الامضاء بعد الفسخ وكك لا يجوز الاجازة بعد الرّد و ذلك ان تاثير الفسخ فى العقود الخياريّة انّما ثبت بدليل شرعى وهذا بخلاف الرّد فانّك قد عرفت عدم تاثيره فى العقد الفضولى بوجه لعدم الدليل عليه بل ليس هنا الا الاجازة وعدم الاجازة كما عرفت ٠

ثم بقى هنا امران ٠

الاول : انّه قيل انّ اثبات جواز الرّد بدليل السلطنة يوجب تعارضه فى مفهومه فانّه يوجب اثبات جواز الاجازة ايضا فيقع التعارض فى مفهومه من حيث اثبات الرّد و اثبات الاجازة لانّ اثبات كل منهما موجب لاسقاط الاخر ٠

و فيه : انّه مع الاغماض عمّا ذكرناه من عدم شمول دليل السلطنة على الرّد انّ هذا توهم فاسد اذ ليس شمول دليل السلطنة على الرّد فى عرض شموله على الاجازة ليقع بينهما التعارض بل شموله على كل منهما فى طول الاخر و بايّهما شمل اولا يوجب اعدام الآخر و لا يكون تعارض بوجه لانّ الشمول على نحو البدليّة لا بعنوان المجموع من حيث المجموع كما توهم ٠

الثانى : انّه ذكر شيخنا الانصارى بعد دعوى ظهور الصحيحة فيما ذكرنا اللهم الا ان يقال انّ الرد الفعلى كاخذ المبيع مثلا غير كاف بل لابدّ من انشاء الفسخ و دعوى ان الفسخ هنا ليس باولى

من الفسخ فى العقود اللازمة وقد صرّحوا بحصوله بالفعل يدفعها ان الفعل الذى يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى والعتق ونحوهما لا مثل اخذ المبيع ·

وفيه : انّه لا شبهة فى كون الفسخ بالفعل ككونه باللفظ الا انّ جعله الاخذ غير كاف فى الفسخ لا وجه له بل هو كسائر الافعال فى تحقق الفسخ به كيف فهل يجوز الالتزام بجواز اخذ مال الغير بدون اذنه فانّه لو قلنا بعدم تحقق الفسخ به للزم القول بجواز اخذ مال الغير بل هذا من اقوى ما به يتحقق الفسخ ولكن لا يمكن الالتزام بتحقق الرّد بالاخذ فى باب الفضولى وما توهّم من الاولويّه من انّه يكفى الفسخ به فى باب العقود وفى الفضولى لا بدّ وان يكون كافيا بالاولويّة فبلا وجه بل المطلب على عكسه وذلك من جهة انّ الفسخ وان كان رفعا والرّد دفعا الا انّ مجرّد ذلك لا يوجب كون مئونة الدفع اقل من الرّد حتى يثبت بالاولوية على الدفع كلّما يكون ثابتا على الرّد ولكن العقد بعد صدوره من الاصيل يكون موثرا فى حصول الملكية للطرف الآخر ولو كان عقدا خياريّا ويكون المبيع ملكا للمشترى فلا يجوز لاحد ان يتصرّف فيه او ياخذه ومع ذلك لو اخذه البايع مع كونه ذا خيار فيكون ذلك فسخا منه للعقد كما انّه لو لم يكن ذى خيار لكان اخذه هذا حراما لكونه تصرّفا فى مال الغير والسّر فى ذلك ان المال بما انّه مال للغير فيكون الاخذ ظاهرا فى الفسخ مع كون الآخذ ذو خيار·

وهذا بخلاف اخذ المالك المجيز فانّه ما لم يجز العقد كان له ان يتصرف فى ماله كيف شاء لكون ذلك من شئون المالكية على

شئ اذن فاخذ المالك ما له لايدل على الفسخ بل فسخام لم يفسخ كان له ذلك و انّما قلنا بتحقق الفسخ به فى الاول من جهة عدم جواز اخذه لغير المالك و لغير الفاسخ و لذا قلنا انّ ظهور الاخذ فى الفسخ و اما فى المقام فله ذلك فسخ ام لا فلا وجه للالتزام بتحقق الفسخ به هناك فضلا عن تحققه به هنا بطريق اولى ٠

و من جهة هذه النكته قلنا فى صحيحة محمد بن قيس ان اخذه الوليدة لايدل على الرّد لتكون الرواية شاهدة على جواز الاجازة بعد الرّد بل الاخذ على طبق القاعدة و من جهة اخذ المالك مال نفسه وكون ذلك من شئون مالكيّته فافهم ٠

قوله ؛ الرابع الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله؛ ٠

اقول : حاصل كلامه هنا انّ ثبوت حق الاجازة للمالك المجيز و تأثيرها فى العقد الفضولى من الاحكام الشرعية الثابتة للمالك و هو موضوع لها كجواز البيع و الهبة و الصلح و نحو ذلك للمالك فكما انّ للمالك بيع ماله ابتداء مباشرة او توكيلا فكذلك له ان يجيز ما وقع عليه فضولا ٠

و بعبارة اخرى : انّ من جملة الاحكام الشرعية المترتبة على المالك هو جواز بيع ماله و اجازة بيعه لو بيع فضولا و ليس ذلك ـ الحكم مربوطا بباب الحقوق كالخيارات و نحوها لتوارث بناء على انتقاله الى الغير و هذا يتضح فى ضمن وجهين ٠

الاول انّهم ذكروا فى باب الارث انّ الزوجة لم ترث من العقار و انّما يرث من غيرها من كل ما تركه الميّت من حق او مال و من كلّما يجوز انتقاله الى الوارث ٠

وعلى هذا فلو باع الفضولى دار احد فضولة و مات المالك قبل اجازته البيع فيكون المال منتقلا الى الوارث فبناء على كون الاجازة من الاحكام فلكل من انتقل اليه المال اجازة البيع بناء على جواز مغائرة المالك حال العقد وحال الاجازة بحيث يكون المالك حين حدوث البيع شخصا وحين الاجازة شخصا آخر و هذا ليس من جهة ارث الاجازة فان الفرض انّه من الاحكام او اذا قلنا بعدم انتقال الحقوق الى الوارث بالموت على تقدير كونها من الحقوق بل من جهة انتقال موضوعها الى الورثة اعنى المال فانّ تلك الاجازة كانت قائمة بالمالك فى ذلك المثمن او الثمن فاذا تبدّل المالك لذلك المال فينتقل الحكم ايضا لكونه قائماً بذلك الموضوع فانّه ذكرنا انّ لكلّ مالك اجازة بيع ماله لو بيع فضولا و اذن فليس للزوجة حق الاجازة لذلك البيع بل هو حق من انتقل اليه المال والفرض انّ العقار لا تنتقل الى الزوجة ٠

و اذا قلنا بكون الاجازة من الحقوق وقلنا بجواز انتقاله الى الورثة بموت و نحوه فيدخل ذلك تحت قوله (ع) ماتركه الميت فلوارثه الا العقار و لا شبهة انّ نفس حق الاجازة للعقد الفضولى ليس من العقار بل من غيرها التى ترثها الوارث زوجة كان او غيرها ٠

الوجه الثانى : انّه ذكر الفقهاء رضوان اللّه عليهم فى باب الخيارات انّه ينتقل الخيار بموت ذى الخيار الى الورثة فيكون الورثة ذى خيار ٠

فاختلفوا فى طريق اعمال الخيار منهم اذا تعدّدوا فبنى شيخنا الانصارى انّه ثابت لطبيعى الورثة فاىّ منهم امضوا البيع فيكون

لازما واى منهم فسخوا فينفسخ سواء اعمل الاخرون خيارهم ام لاوقال بعض آخر انّه ثابت للمجموع من حيث المجموع بحيث انّ امضائهم او فسخهم لاتؤثر الا اذا اجتمعوا فى الفسخ اوفى الامضاء وهو الذى بنينا عليه فى محله وهنا احتمال ثالث وهوان يقال بالتقسيط وانّه اى منهم اجاز اوفسخ ينفسخ ويلزم بالنسبة اليه فقط لانّ لكلّ من الورثة حق وحصة فى ذلك الخيار المنتقل من الورثة اليهم فيثبت له حقه ولكن هذا احتمال ضعيف لايعتنى به بل العمدة هنا الوجهان الاولان .

ولكن ذلك لايثبت فى الاجازة حتى مع القول بانتقالها الى الورثة بنفسها كحق الخيار .

وذلك لانّ الاجازة كما عرفت حكم شرعى تابع لموضوعه اعنى المالك فان كان المالك مستقلا ولم يكن له شريك آخر فيكون مستقلا فى الاجازة ايضا وان كانوا متعددين فلابد وان يجيز كل منهما ليكون لازما والا فيكون لازما بالنسبة الى المجيز فقط ليس الا وهذا نظير ما اذا جمع الفضولى اموال اشخاص متعددين فى بيع واحد فانّه هل يتوهم احد انّ اجازة احدهم يوجب لزوم المعاملة بالنسبة الى الآخرين ايضا وهكذا المقام غاية الامر انّ فى ما نحن فيه قد تعددت الملاك بقاء وفى المثال انّما كان التعدد من الاول وهذا المقدار لايكون فارقا .

وبالجملة انّه فرق بين انتقال الاجازة الى الورثة وكون امر الاجازة بيدهم وبين انتقال حق الخيار اليهم كما عرفت .

قوله (الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن ولالاقباض

المبيع ٠

اقول : لاريب في عدم الملازمة بين اجازة البيع و بين اجازة قبض الثمن أو المثمن و لا لاقباضهما و ذلك لانّ كل واحد من اجازة البيع و اجازة القبض أو الاقباض أمر مستقل غير مربوط بالآخر كسائر الامور الاعتبارية او الخارجية الا أن يكون بينهما احدى الدلالات من الاشارة او الأقتضاء اوغيرهما ، وعلى ذلك فاجازة البيع لا يستلزم اجازة القبض الا مع التصريح ٠ ثم انّه هل يكون نفس القبض قابلاً لان يتغلق به الاجازة أم لا ، و ربما يقال انّ القبض أمر تكويني لا يمكن ان يتعلق به الاجازة فانّ ما وقع من الافعال الخارجية لا ينقلب عمّا هوعليه و سيأتى ما فيه من الرهن و قد فصّل المصنف بينما يكون الثمن أو المثمن شخصيا فحكم بصحة اجازة القبض و الاقباض و جريان الفضولى فيهما و بينما يكون كليّا فى الذمة وانّما تعينه وتشخصه ليس الا بقبض الفضولى فقط و ذلك لانّ مرجع اجازة القبض الى اسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشترى و مرجع اجازة الاقباض الى حصول المبيع فى يد المشترى برضى فيترتب عليه ح جميع الآثار المترتبة على المبيع و يتم ذلك بالاجازة الصريحة او الاقتضائية فى الثمن أو المثمن الشخصيّن ٠

و أما الكلّى منهما فليس لنا دليل على جريان الفضولية فيهما لعدم تعيّن الكلى باخذ الفضولى حتى يتعلق به اجازة المالك المجيز و يرجع الى اسقاط الثمن عن عهدة المشترى و الى حصول المبيع فى يد المشترى ٠

و لكن الظاهر انّه لافرق بين كون الثمن أو المثمن شخصيّا أو

كليّا فى الذمة وان صحّ تعلّق الاجازة بالقبض أو الاقباض بالدلالة الصريحة أو غير الصريحة فصحّ فى كليهما والا فلا ، والظاهر هو الاول لامن جهة ما ذكره المصنف من انّ مرجع اجازة القبض الى اسقاط الضمان عن عهدة المشترى فانّه انّما يتمّ اذا قلنا بانّ ضمان المشترى الثمن بحسب القاعدة وانّه بمقتضى الشرط الضمنى اذن فاجازة البايع قبض الفضولى الثمن اسقاط لذلك الشرط الضمنى .

واما اذا قلنا بأنّه من باب التعبّد الثابت بمقتضى كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه وانّما اجروا ذلك فى الثمن لأجل حمل المبيع على المثال فانّ من البعيد ان يختلف حكم المثمن مع الثمن فى بيع واحد وح فيمكن منع شمول ذلك لقبض الفضولى فانّ معنى كون تلف المبيع من مال البايع انّه ليس ضمانه عليه و لزوم خروجه عن عهدته بل معناه فساد البيع وكون تلف المبيع من مالكه وعدم حصول النقل والانتقال به ولذا نقول انّ الحكم يسرى الى الثمن ايضا ولهذا لا يمكن فى حق الفضولى حتى مع تصريح المالك به لكونه مختصا بالمالك بمقتضى التعبد كما هو واضح بل جواز تعلّق الاجازة بالقبض من جهة التوكيل وذلك لانّ الاجازة مثل الوكالة فكما يصحّ التوكيل فى القبض وكذلك يصح اجازته .

وأوضح من ذلك ان الافعال على قسمين قسم يصحّ تعلّق النيابة والوكالة بها وقسم لا يصحّ فالاوّل كالعقود والايقاعات وامثالهما فانّه يصحّ التوكيل والنيابة فيهما والثانى كالأكل والنوم والقيام و الجلوس وامثالهما من سائر الافعال التكوينية فأنهما مما لا يصح ان يتعلق بها النيابة والوكالة .

و القبض من قبيل الاول فانه ممّا يقبل النيابة و الوكالة فيقبل الاجازة ايضا لانّ الاجازة عين الوكالة غاية الامر انّ الوكالة من الاول و الاجازة ليس من الاول و انّما تقع على الفعل الواقع ٠

بل على ذلك السيرة العقلائية فانّه لم يشك احد فى انّه لو استقرض شخص من الآخر دينا فاستوفى اخ الدائن ذلك الدين من المديون لصح ذلك لو اجازه الدائن ٠

اذن فلا وجه لتوهم انّ القبض من الامور التكوينية فلا تنقلب بالاجازة عن واقعها فان عدم الانقلاب انما يجرى فى الاثار الماضية دون الاثار الباقية كما لاوجه للفرق بين كون الثمن أو المثمن كليّا أو شخصيّاً ٠

ثم انّ ما ذكرنا من عدم الملازمة بين اجازة البيع و اجازة القبض فيما لم يكن القبض مأخوذا فى صحة البيع كبيع الصرف و السلم و الهبة و الا فاجازتها ملازم لاجازة القبض صونا لكلامه عن اللغوية و كذلك فيما اذا صرّح بأجازة القبض عند اجازة البيع وهذا كباب الصرف و السلم و الوقف و الهبة فأنّ اجازة القبض فيها اجازة للعقد ايضا فانّ من الواضح انّه لايشترط المباشرة فى القبض فيما يكون القبض شرطا لصحة المعاملة بل المناط استناد القبض الى المالك ولو كان بقبض وكيله ولو عامل شخص كبير بيع الصرف و أمر بخادمه القبض لصدق القبض بالنسبة اليه وهذا كله اذا كان المجيز عالما بالملازمة و اما مع الجهل فلا ملازمة ايضا لعدم تمامية دلالة الاقتضاء ح ثم انّ التقابض فى المجلس ليس معناه ان يكون المتبايعين فى مجلس واحد عرفى بل معناه ان يكون التقابض فى مكان العقد ولو كان بينهما بعد كما

تقدم ذلك فى ثبوت خيار المجلس ٠

بقى الكلام فى انّه هل يجرى نزاع الكشف و النقل فى القبض و الاقباض أولا ، الظاهر انّه لا يجرى لأنهما ليسا مثل البيع و سائر العقود يمكن تعلق الاجازة بوجودها المتقدم فانّ الاجازة من الامور التعليقية و الاوصاف الحقيقية ذات الاضافة يصحّ ان تتعلق بالامور الماضية كما يصحّ ان تتعلق بالامور الحالية و المستقبله ٠

وهى مع احتوائها بالحقيقية الكذائية مأخوذة فى العقود جزء او شرطا ٠

اذن فيصح ان تتعلق بالعقود الفضولية من حين صدور العقد فيحكمه بتأثيره فى النقل من ذلك الزمان ومن هنا ذكرنا انه لابعد فى بيع مال فى الحال قبل يوم أو شهر أو سنة غاية الامر انّه خلاف بناء العقلاء و منصرف عن مفاد العمومات فى الاصيلين ولكن لا مانع من شمولها على العقود الفضولية وجعلها صحيحة و مستندة الى المالك بالاجازة حين الاجازة من الاوّل كما عرفت وهذا بخلاف القبض فانه أمر تكوينى غير تعلقى فلايمكن ان يستند الى المالك بالاجازة من حين تحققه بل يستند اليه من حين الاجازة لانّ ماتحقق بتمام حقيقية فى الخارج و صار فعلىّ الوجود من جميع الجهات لا ينقلب عمّا هو عليه ولا يستند الى غير فاعله من حين صدوره لانه لم يؤخذ شئ فى حقيقته من الامور التعليقية حتى يمكن تعلقه بالامر المتقدم و يوجب استناده من بدو صدوره الى غير فاعله بالاجازة ، اذن فلا معنى للقول بالكشف فى اجازة القبض و الاقباض و انّما يكونان مستندين الى المجيز من حين الاجازة وعنده يكون قبضا للمجيز فقهراً يثبت

النقل و لا يمكن المناص عنه نعم لو دل الدليل على صحة تعلق الاجازة بالقبض المتقدم فلا مانع من ذلك فان المانع عنه ليس فى مقام الثبوت بل من جهة عدم وجود المقتضى و الدليل عليه فى مقام الاثبات .

قوله ﴿ السادس الاجازة ليست على الفور للعمومات ﴾ .

اقول : ان الاجازة فى العقد الفضولى ليست على الفور للعمومات و صحيحة محمد بن قيس بل فيها شهادة على جواز الاجازة بعد الكراهة و هذا ممّا لا شبهة فيه .

و انّما الكلام فى انه اذا لم يجز العقد و تضرّ الاصيل بتأخيره الاجازة بناء على عدم جواز تصرفه فيما انتقل اليه و فيما انتقل عنه على القول بالكشف .

فهل للأصيل فسخ العقد الفضولى أو اجبار المالك المجيز بالاجازة أو الرّد أولا شئ عليه بل لابد و ان يتحمل بالضرر لاقدامه عليه بنفسه

و قد قوىّ المصنف الاول و لكن الظاهر انّه على القول بالكشف و شمول العمومات عليه لا يتمّ فى جميع الموارد فانّ النكاح ممّا لم يثبت فيه الخيار لينجبر الضرر بالخيار الا فى الموارد المنصوصة وكذلك لا يمكن الاجبار فى جميع الموارد كما اذا كان مالك العقد ممن لا يمكن اجباره امّا لعلّو سطوته أو لعدم وصول اليد اليه و قد نقل انّ امرئة زوجت نفسها للحجة المنتظر عليه وعلى ابائه الاف التحية و الثناء و بقيت على ذلك العقد لتقليدها ممّن يرى لزوم العقد الفضولى من طرف الاصيل .

و الظاهر انّه لا دليل على اجبار الطرف على الاجازة أو الرّدو

لاثبوت الخيار للطرف الاصيل ٠ أما الاول فلعدم الدليل عليه مضافا الى تسلّط الناس على اموالهم عقلا و شرعا فلهم ان يفعل فيه ما يشاء فان الاجازة كما تقدم ليس الا مثل البيع فكما ان المالك له تمام الاختيار فى بيع ماله وعدمه وليس لاحد أن يجبره على ذلك وهكذا الاجازة و تضرر الاخر من عدم اجازة المالك أو ردّه لايجوز الاجبار بعد ما كان هو نفسه مقدما على الضرر٠

و اما ثبوت الخيار فهو ايضا لادليل عليه بعد شمول العمومات على ذلك العقد و ليس فى البين الا تضرر مالك الاصيل لينفى لزوم العقد بدليل نفى الضرر و فيه انّ الضرر على تقدير تسليم كونه مدركا لثبوت الخيار انّما يكون فى مورد يكون حادثا لاموجودا من الاول فانّ اقدام الاصيل على المعاملة الفضولية ضرر عليه من الاول غاية الامر يختلف ذلك قلة وكثرة بحسب طول الزمان وقصره و هذا لا يوجب الفرق بينهما و الحق انّه لامناص من القول باللزوم بناءا على شمول العمومات عليه من حين العقد على القول بالكشف و لعل عدم اللزوم بين الفقهاء من جملة ما يدل على ما اخترناه من عدم اللزوم من حين العقد حتى على الكشف بل من حين الاجازة غاية الامر يكون المجاز عليه العقد من زمان الصدور من المتعاقدين فانّ أوفوا بالعقود قد اسند ذلك العقد الى المالك المجيز بالاجازة و العجب من شيخنا الاستاذ كيف رضى القول باللزوم للاصيل حتى على القول بالنقل و قد تقدم ما فيه ٠

قوله (السابع هل يعتبر فى صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا ام لا (٠

اقول : تارة تكون الاجازة مطابقة للعقد الواقع فضولاً بحيث يكون المجازعين ما صدر من الفضوليين وقد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا مع الاختلاف فيه بالكشف والنقل .

واخرى لايكون العقد المجاز مطابقا للعقد الفضولى بل يباينه كما اذا وقع العقد الفضولى مثلا على الدار وتعلقت اجازة المالك الاجازة على البستان فهذا باطل بلا اشكال لان ما وقع عليه العقد غيرما تعلقت به الأجازة فالعقد الفضولى لم تتعلق به الاجازة وما اجيزلم يقع عليه العقد .

وثالثة يكون المجاز مغائرا للعقد الفضولى لامغائرة مبائنة بل بالاطلاق والتقييد أو بالكلية والجزئية كما اذا وقع العقد الفضولى على مالين لشخصين أو لشخص واحد فاجاز أحدهما دون الاخر أو اجاز البيع فى احد المالين دون الاخر فان المجاز مغائر لما وقع عليه العقد بالكلية والجزئية وكما اذا وقع العقد على الدار مثلامقارنا مع الشرط فاجاز المالك بدونه فيكون المجاز مغائرا كماوقع عليه العقد الفضولى بالاطلاق والتقييد .

وهل يصحّ العقد الفضولى مع هذا الاختلاف بين المجاز وما وقع عليه العقد أم لا يصح وقد فصّل المصنف وقال فلوأوقع العقد على صفقة فاجاز المالك بيع بعضها فالاقوى الجواز كما لو كانت الصفقة بين مالكين فاجاز أحدهما وضرر البعض يجبز بالخيار ولو أوقع العقد على شرط باجازة المالك مجردا عن الشرط فالاقوى عدم الجواز وما افاده هو المتعيّن أما صحته عند الاختلاف بالجزئية والكليّه كما عليه الاستاذ فلأنّ البيع الواحد الواقع على شيئين أو أشياء انّما ينحل الى

بيوع عديدة فكما يجوز بيع واحد منها على انفراده ابتداءًا فكذلك يجوز اجازة البيع فى واحد منها دون الآخر لانّك قد عرفت انّ الاجازة المتأخرة من المالك ليست الا كالبيع الابتدائى فكماله بيع ماله على النحو الذى يريد ابتداء مباشرة او توكيلا فكذلك له اجازة بيع الفضولى المتعلق بماله على ما يريد غاية الامران فى البيع الابتدائى يوجد العقد مع الاذن وفى الاجازة المتأخرة حصل موضوع الاجازة اعنى العقد قبلها واما تكميل حقيقة البيع وتمامية ماهيته عند تحقق الاجازة لكونها من مقوّماتها واجزائها .

وأما تضرر المالك بتبعض الصفقة فينجبر بالخيار الثابت بشرط ضمن العقد فكأنّ المشترى يشترط على البايع ان لايكون المبيع متبعضا والا فليس المشترى ملزما بقيامه على التزامه وبالجملة لانعرف وجها لبطلان البيع فى هذه الصورة بل جرى على هذا المنهج - كلمات الفقهاء فى بيع ما يملك وما لايملك أوما يملك وما لا يملك حيث ان البيع يصح فى ما له ويبطل فى الاخركما يصح فى مايملك ويبطل فى الاخركما اذا وقع العقد على الشاة مع الخنزير بل الامر كذلك فى بيع شئ واحد كما اذا باع داراً فضولة فاجاز المالك البيع فى نصفه دون النصف الاخر لكونه لشخص اخر والسّر فى ذلك هوما اشرنا اليه من انحلال العقد الواحد الى عقود متعددة كالعموم - الاستغراقى لا كالعموم المجموعى وكون الاجازة مثل البيع .

وأما اذا اختلف المجاز مع ما وقع من حيث الاطلاق والتقييد والعموم والخصوص فالذى ينبغى ان يقال ان الشرط تارة يقع فى ضمن العقد واخرى فى ضمن الاجازة وعلى الاوّل فتارة يكون للمالك

على الاصيل و اخرى للاصيل على المالك . فلو كان للمالك على الاصيل و اجاز المالك العقد بلا شرط فلا شبهة فى صحة الاجازة و صحة استناد البيع اليه و تحقّق حقيقته فى وعائه فانّ المالك مسلّط على ماله و كلّما يرجع اليه أمره فله اسقاط ما يريد اذا كان موجودا فى ذمّة أشخاص اخرين مثلا اذا باع الفضولى ثوب أحد و اشترط فى ضمن العقد ان يخيط الاصيل ثوبا للمالك فاجاز المالك بدون الشرط فيصح ذلك لكون الشرط له فله اسقاطه .

و بعبارة اخرى : انّ اجازة المالك التزام الفضولى بأصل المعاوضة وعدم اجازته التزامه بالشرط على نفس الاصيل تجاوز عن حقّه الذى التزم به الاصيل على نفسه فلا وجه لتوهم البطلان الامن جهة التعليق فهو ايضا منفى كما سيأتى و اما لو كان من الاصيل على المالك الفضولى فاجازه بلا شرط فقد حكم العلامة الانصارى (ره) بالبطلان و شيخنا الاستاذ بالصحة مع ثبوت الخيار للاصيل وافاد فى وجه ذلك بانّ المقام نظير تعذر الشرط الواقع بين الايجاب و القبول الذى يكون ضميمة لاحد العوضين فكما انّ تعذره لايوجب بطلان العقد بل غايته ثبوت الخيار للمشروط له فكذلك المقام فانّه و ان لم يتعذّر خارجا الا انّ امتناع المجيز وعدم قبوله الشرط بمنزلة التعذر و لاوجه لبطلان العقد الا على القول بالتقييد و الاناطة والحق عدمه و لذا نقول بانّ الشرط الفاسد غير مفسد للعقد الا اذا صار موجبا لاختلاف أحد أركانه ، فنقول لاشبهة انّ الشرط و المشروط اذا كانا من قبيل المعلق والمعلق عليه كالشرط والمشروط التكوينيين فلاشبهة فى بطلان المشروط عند انتفاء الشرط امّا نفسه أو لعدم حصول المعلّق عليه كما

انّه اذا كانا من قبيل الأمرين الوجوديين المنضمين من غيران يكون بينهما ربط فلا شبهة فى صحة المشروط عند انتفاء الشرط كما اذا التزم عند بيع الدار بخياطة ثوب المشترى من غيرأن يرتبط بالالتزام البيعى فانه ح لامعنى لبطلان المشروط مع عدم وفاء المشروط عليه بشرطه لعدم الارتباط بينهما ، بل لانتفاء حقيقة الشرط هنا فانّه لايصدق الشرط والمشروط ما لم يكن بينهما ربط والتزام كما فى القاموس وجعل من ذلك الشريط لربطه أحد الشيئين بالاخر ، و على هذا فما معنى الكلام المشهور من انّ الالتزام الشرطى فىضمن الالتزام العقدى وانّه لايلزم من انتفاء الشرط انتفاء المشروط مع انّك عرفت انّه على تقدير يلزم من انتفاء الشرط بطلان العقدوعلى تقدير آخر فلا ٠

والذى ينبغى ان يقال انّ معنى جعل الشرط فى العقود عبارة أخرى عن جعل الخيار فيها وصيرورة العقد خيارياًنظيرجعل الخيار فيها ابتداء وذلك فانّ البايع مثلا اذا اشترط فى ضمن البيع على المشترى شيئا اواشترط المشترى عليه شيئا وليس معنى ذلك هو التعليق ليستلزم انتفاء الشرط البطلان ولا انّهما من قبيل الامرين المنضم أحدهما بالاخر ليخرج عن معنى الشرطية بل معناه انالبايع انّما باع متاعه والتزم به مطلقا من غير ايقافه على شئ اخر فأصل الالتزام البيعى غير معلّق على شئ وغير متوقف على الشرط ليلزم البطلان من جهة التعليق لاستلزام انتفاء المعلق عندانتفاء المعلّق عليه ولكن اشترط على المشترى مثلاكون وقوفه على هذا الالتزام و قيامه عليه متوقفا على الشرط الفلانى على المشترى بحيث لو و فى المشترى

بذلك الشرط فللبايع ايضا ان يقف على التزامه البيعى والا فلا فكما انّ جعل الخيار فيه اى فى الالتزام البيعى صحيح فكذلك جعل الشرط بهذا المعنى و من هنا نقول انّ تخلّف الشرط لا يوجب بطلان العقد و انّما يوجب الخيار لا يجب للمشروط عليه الالتزام بشرطه وجوبا تكليفيا و ليس للمشروط له اجباره على ذلك فانّ التزامه بالشرط لا يزيد عن الوعد فكما انّ الوفاء به ليس واجبا تكليفا بل هو أمر أخلاقى فكذلك الالتزام الشرطى فانّه لا يجب الوفاء به و على هذا فما ذكره شيخنا الاستاذ من انّ المقام نظير تعذّر الشرط فكما انّه لا يوجب بطلان العقد و هكذا عدم الوفاء بالشرط وكذلك فى المقام اذا اجاز المالك العقد بدون الشرط الذى وقع عليه من الفضولى وليس نقص فى ذلك المبنى ولكن البنا ليس بصحيح ٠

و توضيح ذلك انّ العقد تارة يطلق و يراد منه اسم المصدر أى الملتزم به الحاصل من الالتزام و الاعتبار النفسانى و اخرى يطلق على نفس الالتزام العقدى اى المعنى المصدرى ٠

اما الاول : فهو مطلق وغير مقيّد بشئ و لا متوقف عليه فانّه بعد تحقّق ما يؤثر فيه لا معنى لوقوفه على شئ بل ان حصل ما يؤثر فيه فيحصل و الا فلا ، فلا يعقل توقفه على شئ بعد حصوله و الا يلزم من وجوده عدمه ٠

و اما الثانى : فهو تارة يوجد من المتعاقدين غير مقيّد بشئ كما اذا كان العقد غير خيارى بشرط وغير مقيد بشئ و اخرى يكون مشروطا بشرط كما اذا كان فى العقد شرط و اشتراط ففى هنا و ان قلنا ان الشرط يرجع الى كون الوقوف على الالتزام البيعى والثبوت

عليه متوقفا على الشرط و تحققه اصل الالتزام مقيّد بالشرط فى مقام الانشاء فانّ الاهمال فيه لايعقل بل هواما مطلق أو مقيد فحيث انّه ليس بمطلق لوجود الشرط فيه فيثبت التقييد فالالتزام حين تحققه تحقق مقيدا وعلى هذا فلو اجاز المالك ذلك بدون الشرط و مطلقا فيكون ذلك غيرما وقع فما وقع لم تقع عليه الاجازة و ما وقعت عليه الاجازة غير ما وقع فيكون العقد فاسدا لعدم وقوع الاجازة عليه ٠

اذاً فما ذكره المصنف صحيح وان كان ما ذكره شيخنا الاستاذ من حيث المبنى ايضا صحيحاً الا انّ ما بنى عليه غيرصحيح لانّ ما نحن فيه ليس من قبيل تعذرالشرط كما عرفت ٠

و بعبارة اخرى : انّ الاجازة من حيث نسبة العقد الى المجيز كالقبول فكما انه لو وقع الاختلاف بين الايجاب والقبول بالاطلاق والتقييد يبطل العقد كما اذا قال البايع بعت الدار بثمن كذا على ان تخيط لى ثوبا وقال المشترى قبلت بدون ذلك الشرط و هكذا فى الاجازة فأنّ الاجازة وان كانت بعد تمامية العقد ايجاباوقبولا وليست مثل القبول من جميع الجهات والا لكان العقد الفضولى باطلا بالفصل بين العقد والاجازة ولكن الاجازة مثل القبول من حيث استناد العقد الى نفسه كما انّ القبول يوجب استناد الايجاب الى نفسه والامركذلك حتى لوكان المتعاقدان هما الاصيلان فكيف بالفضولى ٠

و بالجملة العقد الواقع فضولة على وجه خاص لابدّ وان تقع عليه الاجازة على ذلك الوجه والا لحصل التخلّف بين المجاز و العقد فيحكم بالبطلان ٠

لايتوهّم انّ تقييد العقد على النحو الذى قلتم عين التعليق فيكون باطلا امّا لعدم حصول المعلّق عليه أو لبطلان التعليق فى نفسه .

فانّه توهّم فاسد اذ معنى التعليق انّ اصل الالتزام العقدى متوقف على الشرط و هو على تقدير حصول الشرط و الا فلا التزام و هذا بخلاف التقييد المذكور فانّ أصل الالتزام على ما ذكرناغيرمتوقف من حيث الوجود على الشرط بحيث يلزم من وجود الشرط وجود المشروط و من عدمه عدمه كماهو معنى التعليق بل استمرار ذلك الالتزام و الوقوف عليه مقيّد بالشرط و هذا معنى ثبوت الخيار .

لايقال انّه ایّ فرق بين عدم الوفاء بالشرط الموجب للخيار و بين عدم الاجازة الموجب للبطلان .

قلت : فرق واضح بين الامرين حيث العقد قد تحقق على الاول ولكن لم يحصل شرط لزومه و الدوام و الثبات عليه و هذا بخلاف الثانى فانّ المجيز لم يقبل العقد فيكون باطلا نظير عدم قبول القابل بما انشأه الموجب كما تقدم فافهم و تأمل .

و توضيح المقام انّه هل يعتبر مطابقة الاجازة للعقد أم لا و على تقدير الاعتبار هل يفرق بين ان يكون من المالك الاصيل و بين العكس و بين الصور الأخرى ام لا ، و تفصيل ذلك ان الاجازة تارة تكون مطابقة للعقد و هذا لا شبهة فى صحته كما تقدّم تفصيله من الاختلاف فيه بين القول بالكشف أو النقل .

و اخرى تباينه مبائنة تامة كما اذا باع الفضولى الدار فاجاز المالك بيع البستان أو باع الفضولى دار الصغير و اجاز المالك دار

الكبير و هذا لا شبهة فى بطلانه لانّ الاجازة لم تقع على الواقع بل الواقع لم يجز و ما اجيز لم يقع فيحكم بالبطلان ·

و ثالثة تكون الاجازة مخالفة للعقد الواقع من جهة و موافقة له من جهة اخرى كالاختلاف بالكل و الجزء و العام و الخاص والمطلق و المقيد ، اما الاول كما اذا وقع العقد الفضولى على المركب المجموع و الكله بان باع الفضولى دارين او فرسين لزيد او احد هما لزيد و الآخر لعمرو فأجاز المجيز أحد هما دون الاخر ، واما الثانى كما اذا باع الفضولى دار أحد بشرط و أجاز المالك المجيز بلاشرط سواء كان من المالك الاصيل أو العكس ·

أما الاول : فلا شبهة فى صحته غاية الامر انه يثبت للمشترى خيار تبعّض الصفقة و ذلك لان البيع ح انما يكون منحلا الى بيوع متعددة غاية الامر يكون كل فيها مشروطا بالاخر فالمجيز باجازته يقبل الالتزام على النحو الذى وقع و يرد التزامه على التزام البائع طابقا النعل بالنعل و لكن بدون الشرط و الخيار اذن فيصح قبول أحد البيوع فيثبت للمشترى الخيار و هذا واضح ·

و اما الثانى : فلابد فى بيانه من تقديم مقدمة فهى انّه لم نعقل الى الآن معنى للشروط الا جعل الخيار و توضيح ذلك ان الشرط له اطلاقان ·

الاول ان يطلق على الملتزم به اعنى ما تعلق به الالتزام كما هو المعروف كما اذا باع العبد على ان يكون كاتبا فان الكتابة متعلق الالتزام الشرطى و يكون ملتزما به و اخرى يطلق على نفس الالتزام ·

اما الاول فلا شبهة فى عدم كون العقد معلقا عليه و مقيداً به بان يقول بعتك العبد على ان يكون كاتبا و الا فلا ابيع بحيث

يكون أصل البيع متوقفا على وجود الملتزم به و مع عدمه فلا بيع اصلا فهذا لا شبهة فى بطلانه اما مطلقا كما هو الظاهر لبطلانه فى العقود واما مع عدم تحقق الملتزم به على تقدير الغض من الاول بل معناه انّ الالتزام الذى ورد على ذلك الملتزم به معلّق عليه بحيث لم يكن كاتبا لا يجب للمشروط له الوقوف على التزامه بل له ان يفسخ و له ان يبقى عليه و ليس هذا الا كون العقد خياريا مثلا لو باع زيد داره من عمرو بشرط ان يخيط العمرو له ثوبا فقبل العمرو ذلك ولكن لم يعمل بالشرط فلا يجب لزيد ان يقف على التزامه لانه كان مقيدا بالخياطة فلم يحصل فيكون له الخيار و هكذا فى جميع الموارد فيكون البيع صحيحا للعمومات ·

و اما الثانى فلا شبهة فى كونه قيدا للعقد فانه لو باع احد داره بشرط كذا او على ان يكون له الخيار فانّ بيعه هذا و ان لم يكن مقيدا بالملتزم به بحيث يلزم التعليق كما تقدم و لكنه مقيد بالالتزام الشرطى فالبايع من الاول باع بيعا مقيدا و اورد التزامه على البيع الخاص فيكون الموجود من الاول حين وجوده البيع الخيارى دون البيع الغير الخيارى وح فلو قبل القابل البيع بدون ذلك الالتزام الشرطى فلم يقبل ما انشأه البايع و لم يرد التزامه على التزام البايع فيكون باطلا و بالجملة ان الشروط باعتبار الملتزم به لا تكون مقيدة للبيع مثلا بل البيع بالنسبة اليها مطلق و انما هى قيد للالتزام و الثبات على العقد ، و اما باعتبار نفس الالتزام قيد للبيع فيوجب التقييد اذا لو لم يقبل المشترى ما اوجده البايع من العقد المقيّد بالتزام خاص باىّ نحو كان ذلك الالتزام فيكون باطلا من الاول لان ما اوجده

البايع لم يقع عليه القبول و ما وقع عليه القبول لم ينشأ فيكون باطلا ٠

اذا عرفت ذلك فنقول ان الشرط تارة يكون من المالك الاصيل بان باع الفضولى دار زيد فضولة من عمرو فاشترط عليه ان يخيط ثوب عمرو فاجاز العمرو بدون ذلك الشرط و هذا لا اشكال فى صحته لانّ المالك قد تجاوزعن حقه واسقطه من الاصيل و العفو و التجاوزعن الحق لايوجب البطلان ٠

و بعبارة اخرى : انّ الالتزام البيعى وان كان مطلقا وقد قبله المالك باجازته على هذا النحو و ورد الالتزام من المالك المجيز باجازته على التزام الفضولى و لكن اسقطه بعد قبوله غاية الامر أن ذلك انى وتقديرى لا أنّ الاسقاط قبل القبول اوانّ المالك لم يجز التزامه بل شيئا اخر و الا يلزم المحذور ٠

و اما اذا كان من الاصيل على المالك فأجاز العقد خاليا عن الشرط فتكون الاجازة باطلة و ذلك لعدم ورود التزامه على ما ورد به التزام الفضولى مع الاصيل فانّ التزامهما مقيد و التزام المجيز مطلق فما وقع لم تتعلق به الاجازة و ما وقعت به الاجازة لم يقع فتكون الاجازة لغوا فلا يكون العقد مشمولا للعمومات الا اذا انضم اليه اجازة اخرى على طبق ما وقع بحيث يكون الالتزامين متواردين على مورد واحد ٠

كيف فلو لم يطابق الالتزامين فى الاصيلين بان باع احدهما متاعا مع شرط و خياركما هو المرسوم كثيرا خصوصا فى الدّلالين و قبل الاخر بدون ذلك الشرط فانه ح لاينعقد البيع بل يحكم ببطلانه فانّ ما انشأه البايع غير ما قبله المشترى فالمنشأ لم يقبل و ما قبل لم ينشأ

فاذا لم يتم ذلك فى الاصيلين فكيف فى الفضولى ولاشبهة انّ الاجازة مثل القبول من حيث كونه موجبا لاستناد العقد الى المجيز كما انّ القبول يوجب استناد الايجاب الى القابل .

ومن هنا ظهر انّ ما جعله شيخنا الاستاذ المقام من صغريات تعذر الشرط ليس بتمام حيث انّ فى صورة تعذر الشرط سواء كان التعذر خارجيا اوعقليا قد توارد الالتزامين من البايع والمشترى على مورد واحد ولكن الشرط قد تعذر فهذا غير ورود الالتزامين بمورد واحد مثلا لو باع احد داره واشترط على المشترى ان يحج عنه فقد تعذّر ذلك الشرط عقلا لكونه مريضا لايقدر على المشى او هرما او مات وهكذا فانّ هذا ونظائره لايوجب بطلان البيع فانّ المشترى قد التزم على ما التزم به البايع ولكن قد اوجب التعذر العقلى عدم وفائه بالشرط فيكون البايع مخيرا فى الفسخ او الرضايه حتى يتمكن المشترى من ذلك واما التعذر الشرعى كالشروط المخالفة للكتاب والسنة فكما اذا باع متاعا واشترط فى ضمنه ان يعطيه المشترى مقدارمن الخمر فقبله المشترى وهذا ايضا ليس نظير ما نحن فيه اذا المشترى ايضا قبل التزام البايع على النحو الذى التزم وتوارد الالتزامين على مورد واحد ولكن المنع الشرعى اوجب التعذر والمنع فلا اشكال فيه ايضا من هذه الجهة واما من جهة كون فساد الشرط موجبالفسادالعقد او انّه مثل التعذر العقلى يوجب الخيار أولا يوجب شيئا فهو أمرآخر وسياتى فى محله .

لايقال ما الفرق بين عدم مطابقة الاجازة مع العقد فى بيع المجموع المركب وبين عدم المطابقة فى صورة الاشتراط فامّالابد من

القول ببطلان الاجازة فيهما اوعدمه كذلك فلا وجه للفرق بينهما كما لا يخفى .

أقول الفرق بينهما بديهى وقد ظهر ممّا ذكرنا و ملخصه انّ فى صورة اختلاف الاجازة مع العقد بالجزئية و الكلية انّ المجيز قد اجاز البيع على النحو الذى وقع و هذا بخلاف صورة الاختلاف بالاطلاق و التقييد بيان ذلك انه اذا باع فرسين من عمرو فضولة لمالك واحد أو لمالكين ففى الحقيقة انّ هنا بيعان كليهما خيارى فانّ كلاً من ـ الفرسين بيع منضما الى الآخر و بهذا الشرط فاذا اجاز المجيز احدهما دون الاخر فليس معناه انّ المجيز اجاز البيع الغير الخيارى بل اجاز البيع الخيارى و لذا لو سئل لاجاب هكذا فح يثبت للبايع الخيار و لا يلزم ورود الاجازة بما لم يقع وكون ما وقع خاليا عن الاجازة و هذا معنى خيار تبعض الصفقة و هذا بخلاف صورة عدم المطابقة فى الشرط فان الاجازة لم تقع على العقد كما عرفت .

و بعبارة اخرى : انّ صورة عدم المطابقة بالجزئية و الكلّيّة نظير وقوع بيعين أو بيوع خيارى فقبل المشترى أحدهما دون الاخر فهل يتوهم احد انّ ذلك موجب لبطلان البيع أو عدم ورود الايجاب و القبول بمورد واحد وكذلك مانحن فيه و هذا أمر واضح في الاصيلين وغيرهما و بذلك يبتنى خيار تبعض الصفقة .

فتحصل عدم بطلان الاجازة فى صورة عدم المطابقة بالجزئية و الكلية دون عدم المطابقة بالاطلاق و التقييد مع كون الشرط من الاصيل على المالك و من هنا ظهر انّه لاوجه لادراج صورة عدم ـ المطابقة بالجزئية و الكلية تحت العقد فى تعذّر الشرط و جعل

الاختلاف بالجزئية والكلّية والاطلاق والتقييد وتعذر الشرط كلها من واد واحد ٠

ثم لوكان الشرط عند الاجازة وخارجا عن العقد وهذا ايضا تارة يكون من المالك على الاصيل واخرى من الاصيل على المالك واما لوكان من المالك على الاصيل بان باع الفضولى داره من الاصيل خمسين دينارا واجازه المالك مع اشتراط سكنى سنة فى تلك الدار فذكر المصنف وجوها فى ذلك الاول القول بالصحة و الثانى الصحة لو اجازه الاصيل والثالث البطلان بمعنى انّ العقد الفضولى لايمكن الحكم بصحته بهذه الاجازة لان ما وقع عليه العقد لم يجز وما أجيز غير الواقع فتكون تلك الاجازة باطلة ولاتوجب استناد العقد الى المالك بل لابدّ فى ذلك من اجازة اخرى لتوجب الاستناد و لكن الحق هو الثانى انّه وان قلنا بعدم لزوم الوفاء بالشرط الابتدائية اما من جهة الاجمال كما ذكره بعضهم واما من جهة اقتضاء لفظ الشرط ذلك المعنى لكونه ربطا بين الشئ وشئ اخر فما لم يرتبط أحدهما بالاخر لايطلق عليه الشرط ومن هنا قال فى القاموس ان الشريط يطلق عليه ذلك باعتبار ربطه احد الشيئين بالاخر وهذا ظاهر نعم هو داخل بالوعد ومن قال بوجوب الوفاء بالوعد فله ان يحكم به هنا ايضا ولكن لادليل عليه وانّما هو خلاف الاخلاق ولكن ما نحن فيه ليس كذلك فانّه يكون ذلك الشرط بالاجازة شرطا فى ضمن العقد والتزاما فى التزام ٠

بيان ذلك انّ الاجازة كما تقدم مثل القبول فى استناد العقد الى المالك فلو باع احد متاعه من زيد منجزا ومطلقا من دون اشتراط

من الطرفين على الاخر ولكن قبله القابل مع الشرط فتحليله ان الالتزام بالقبول على تقدير تحقق الشرط وحصوله و الا فلا يلتزم بالايجاب ٠

و بعبارة اخرى : يلتزم بقبول الايجاب و نسبته الى نفسه على ان يكون له على الموجب ذلك الشرط و الا فلا يلتزم وح لولم يرض الموجب بهذا المشرط يبطل الايجاب و القبول لعدم ورودهما على مورد واحد وعدم ارتباط احدهما بالاخر فيكونان باطلين واما اذا رضى الموجب على ذلك فيصح بلا شبهة لعدم القصور من شمول المؤمنون عند شروطهم عليه و انّما الخارج منه بالاجماع او باقتضاء لفظ الشرط هو الشروط الابتدائية و اما غيرها فلا ٠

غاية الامر لم يكن ذلك الشرط مذكورا عند الايجاب و موجودا وقته و تأخر الموجب فى ذلك عن القابل ولا دليل لنا على وجوب ذكر الشروط فى الايجاب بل المناط فى لزومها وعدم شمول دليل وجوب الوفاء عليه و عدمه و هذا فى غاية الوضوح فأمر الاجازة أمر القبول كما تقدم و أما لو كان من الاصيل على المالك بأن اجازالمالك مع شرط للاصيل على نفسه و هذا لا شبهة فى صحته بالدلالة الالتزامية الفحوائية فانّ المالك قد أجاز البيع الذى كان الاصيل ملتزما به مع اضافة شرط عليه على نفسه وقد كان الاصيل ملتزما بالبيع مطلقا و بدون الشرط فبالاولوية نكشف التزامه بالبيع مع هذا الشرط الذى مرجعه الى جعل الخيار وقد تقدم نظير ذلك فى رواية البارقى و قلنا انّ رسول اللّه ص و ان كان قد وكّله بشراء الشاة بدينارين الا انّه بالاولوية قد وكّله فى شرائها بدينار ايضا فيكون شرائه الشاة بدينار

من جهة التوكيل فتكون الرواية خارجة عن الفضولية فان من وكل الغير شراء دار بخمسين دينارا فبالاولوية راض بشرائه بعشرين هذا و اغتنم ٠

قوله : و اما القول فى المجيز فاستقصائه يتم ببيان امور ٠

اقول : الاول ذكر انه يشترط فى المجيز ان يكون حين الاجازة جائز التصرف فلا تجوز الاجازة ممّن لا يجوز التصرف فى حقه و هذه قضية قياسها معها فانك عرفت مرارا انّ الاجازة من الاحكام الشرعية الثابتة للملاك بالنسبة الى اموالهم نظير جواز البيع غاية الامر انّ جواز البيع حكم ابتدائى و الاجازة أمر متأخر و قد تحقق جزء موضوعه بفعل الفضولى فكما لا يجوز البيع لمن لا يجوز له التصرف فكذلك لا تجوز له الاجازة لكونها بيعا حقيقة فانّ العقد قبلها لم يكن مستند الى المالك و لم يكن بيعه و حين الاجازة ثار بيعا له كما انّه باع من الاول مباشرة و لا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف أو النقل فانّ هذا انّما بعد الفراغ من صحة الاجازة والفرض انّ الاجازة غير صحيحة و هكذا الامر فى كل مورد لا تصح الاجازة ٠

و بعبارة اخرى : انّ حكم الاجازة حكم البيع الابتدائى فيشترط فيها ما يشترط فى البيع و على هذا فلو باع الفضولى ما تعلق بحق الغرماء أو المرتهن فاجازة المفلّس أو الراهن بنفسها لا تؤثر فيه بوجه

و الامر الثانى : انهم ذكروا وجود مجيز حال العقد والا فيبطل العقد الفضولى فصحته مشروطة بذلك الشرط و قد ذكروا فى وجه ذلك وجهين ، الاول ، ما عن قواعد العلامة من انّ صحة العقد بدونه يمتنع فاذا امتنع فى زمان فيمتنع فى جميع الازمنة لعدم الفرق فى

الامتناع بين قلة الزمان وكثرته .

الثانى بلزوم الضررعلى الاصيل فأنّه لوكان مثل ذلك العقد صحيحا وشمله الاطلاقات فيلزم من ذلك ضررعظيم على الاصيل مع عدم وجود مجيزعند العقد من شأنه ان يجيز العقد لانّه لايجوز له التصرف لا فيما انتقل عنه ولا فيما انتقل اليه فادلة نفى الضررينفى لزوم ذلك العقد وهذا يتصورعلى وجوه .

الاول : ان يكون المراد منه وجود ذات المجيز بحيث يكون عند العقد من من شأنه ان يجيز العقد مطلقا سواء كان هنا مانع عقلا او شرعا اولم يكن والا فيبطل وعلى هذا فلا موقع لـهذا الشرط فى الاموال حتى عند العامة ايضا اذ ما من مال الاوله من يجوز تصديه بالتصرف بيعا أوغير بيع اما المالك أو الولى أما عندنا فلوجود ولىّ الامرصاحب العصر عجل اللّه فرجه فانّه الولى المطلق فاىّ مال لم يكن له مالك يجوزله بيعه وتصرفه فوليّه هو الامام (ع) ونعم ما ذكرالبيضاوى انّ هذا الشرط لاموقع له عند العامّة لقولهم بوجود الامام (ع) فى كل زمان واما عند العامة فكذلك ايضا لانهم ايضا قالوا بوجود ولىّ الامرفى كل زمان غايتهم يخطئون فى تطبيقه على واقعه فذات المجيز موجود فى كل مال حين وقوع البيع عليه فضولا نعم يصحّ فى النكاح بناءً على عدم ولاية احد حتى الامام عليه السلام.

الثانى : ان يكون المراد منه وجود المجيز المتمكن عقلا .

الثالث : ان يكون المراد منه وجوده المتمكن منه شرعا .

وبعبارة اخرى من الاول : انّ الكلام هنا أى فى شرائط المجيز يقع فى ضمن مسائل .

الاولى : انهم ذكروا من شرائط المجيز أن يكون جائز التصرّف حال الاجازة فلا يجوز لمن لايجوز له ذلك وقد تقدم هذا ·

المسئلة الثانية : ان يكون موجودا حال العقد و قد ذكر العلامة (ره) انّ الممتنع فى زمان ممتنع دائما و اضاف اليه الشيخ بكونه ضررا على الاصيل فانّه لايجوز له التصرف فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الاجازة و لافيما انتقل عنه لاحتمال كونه ملكا للغير بالاجازة فلو بقى العقد الفضولى على النحو الذى وجد لكان ضررا على الاصيل ·

ثمّ انّ هذا الشرط يتصور على وجوه ·

الاول ان يكون المراد من اشتراط وجود مجيز حال العقد وجود ذات المجيز و من يكون من شأنه اجازة العقد سواء كان متمكنا عقلا أو شرعا أو لم يكن متمكنا منهما ، و هذا الشرط انّما يتم على غير مذهب الامامية واما على مذهبهم القائلين بوجود الامام فى كل زمان فلا يتم كما ذكره البيضاوى اذ لم يوجد عقد فى العالم الا و له مجيز و من شأنه ذلك لكون الامام (ع) عندنا ولىّ الامر من جميع الجهات فيكون هذا الاشتراط لغوا محضا نعم عند غير الامامية يمكن ذلك وكذلك عندهم اذ لم نقل بكونه وليّا فى جميع الامور حتى النكاح مثلا - الثانى - ان يكون المراد منه كونه متمكنا من الاجازة عقلا بان لا يكون مانع عقلى من ذلك حال العقد كالنوم و الغياب و نحو ذلك ممّا يوجب عدم الوصول اليه حين العقد فانه ح يحكم بفساد العقد وهذا الوجه ايضا لاحق بالاول فلا فائدة فى البحث عنهما فانّه يظهر حكمهما من الشق الثالث فبعد الغائه فيكونان لغوا بالاولوية مضافا الى ورود

الروايات فى صحة نكاح الصغيرين مع عدم التمكن من الاجازة الفعلية عند العقد وكذلك صحيحة محمد بن قيس و رواية البارقى فهذا ان الوجهان ليسابمهمّ والعمدة هو الوجه الثالث .

الثالث : ان يكون المراد من ذلك التمكن الشرعى بان لايكون مانع شرعى من الاجازة حال العقد فلو باع الفضولى مال اليتيم من غير غبطة و مصلحة فيه مع حضور الولى ثم صار ذلك البيع ذا مصلحة كما اذا باع داره بخمسين مع كون قيمتها مائة و لكن صار وقت الاجازة ذا مصلحة لكونها فى شرف الخراب فلا يصح ذلك على هذا الشرط فانّ ذات المجيز وان كان موجودا حال العقد و له تمكّن عقلى ايضا من الاجازة عنده الا انّ اجازته ذلك العقد لم ينفذ بل تكون باطلة ولو لم يكن يجيز حال العقد فانه منهى عن التصرف فى ماله الا بوجه حسن وهذه الاجازة تصرف و بيع بلا وجه حسن فتكون باطلة و يكون العقد باطلا ولكن الظاهر عدم اعتبار ذلك و يظهر منه بطلان الوجهين الاولين و يظهر حكمه من عكس المسئلة كما اذا فرضنا انّ الفضولى باع مال اليتيم مع مصلحة فيه فاذا اراد الولى ان يجيز ذلك صار البيع غير مصلحة فى حق اليتيم و وصل اليه الخبر بترقى المال على اضعاف مقابل ما باعه الفضولى فلا شبهة فى عدم صحة اجازته و نفوذه وكون البيع باطلا فانّ البيع وان كان ذا مصلحة حال العقد و لكن ليس فيه مصلحة حال الاجازة و المناط وجودها عندها لانّ زمان الاجازة كان زمان البيع حقيقة و نقطة شمول اوفوا بالعقود عليه فحيث انّه فى هذا الزمان غير مصلحة فى حق اليتيم فيكون باطلا والسر فى ذلك هو ما تقدم انّ حكم الاجازة حكم البيع

الابتدائی فكما لايصح بيع مال اليتيم بلا مصلحة ابتداء فكذلك لايصح اجازة بيعه لكون العقد بالاجازة مستندا الى الولى.

وبعبارة أخرى : قد نهينا عن التقرب بمال اليتيم بغير وجه حسن واجازة الولى بيع مال اليتيم فضولة عند عدم الصلاح فيه حال الاجازة ولوكان فيه مصلحة حال العقد تقرب بغير وجه احسن فلا تكون نافذة اذ المناط فى كون البيع ذا مصلحة حال الاجازة.

ومن هنا يظهر حكم ما نحن فيه اذا البيع ولوكان خاليا عن المصلحة عند العقد ولكن حالها عند الاجازة فكما يصح البيع الابتدائى عند وجود المصلحة فيه فكذلك تصح الاجازة للبيع الفضولى فان زمان الاجازة هو زمان تحقق البيع حقيقة وزمان شمول العمومات اذا - فاشتراط كون المجيز متمكنا من الاجازة حال العقد شرعا لا موقع له بل المناط التمكن حال الاجازة ومن هنا لوكان فاقد اللتمكن الشرعى حال العقد وصار واجداً له حال الاجازة فتصح اجازته ومن هنا اتضح حكم القسمين الاولين بالاولوية وكذلك اتضح انه لايفرق هنا بين القول بالكشف والنقل كما تقدم واما ما ذكره العلامة (ره) من انّ الممتنع فى زمان ممتنع دائما ففيه ان كان المراد من ذلك الامتناع الذاتى فالكبرى امر مسلم كالاجتماع الضدين والنقيضين والدور و التسلسل التى مرجع كلّها الى اجتماع النقيضين ومن هنا يسمّى مبدء المبادى فانّ امثال ذلك انّ الشئ اذا امتنع فى زمان فيكون ممتنعا دائما لانه لايحتمل انّ اجتماع النقيضين يكون محالا فى زمان وغير مستحيل فى زمان اخر بل هو محال بذاته ولكن الصغرى ليس بمسلم آذ الامتناع فى امثال المقام ليس امتناعا ذاتيا فان كون الصحة

عقد الفضولى ممتنعا ليس بذاته بل هو بالغير و من جهة عدم العلّة والمصلحة و ان كان المراد من الامتناع هو الامتناع الغيرى فهو مسلّم صغرى اذ عدم صحة عقد الفضولى حال العقد انما هو لاجل عدم المصلحة فيه عنده و لكن الكبرى ليس بمسلم لان الممتنع بالغير فى زمان لا يكون ممتنعا دائما فيجوز ان يكون ممتنعا فى زمان لاجل عدم علته و ممكنا فى زمان اخر بل واجبا لوجود علته و من هنا قال الشيخ الرئيس انّ الممكن من ناحية علته اليس و من عدم علته ليس و- بالجملة الامتناع الغيرى تابع لعدم علته فكما كانت معدومة فينعدم و اذا وجدت العلة يخرج المعلول من الامتناع فضلا عن ان يكون ممتنعا دائما و هذا واضح جدا فلا ندرى ماذا اراد العلامة من كلامه هذا و هو بعيد بمقاله و اما ما ذكر المصنف من كون عدم الاشتراط ضررا على الاصيل لكونه ممنوعا من التصرف فى ما انتقل عنه لاحتمال الاجازة وكونه مال الغير فيكون التصرف حراما و لا فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الاجازة وكونه ايضا تصرفا فى مال الغير فيكون حراما .

و فيه اولا انّ الضرر انما ينشأ من اللزوم اى من لزوم العقد و قد اثبتنا عدم لزومه من الاول و انما يكون لازما بالاجازة فاذا لم يتحمل الاصيل بالضرر فله الفسخ و يجوز له التصرف بدون الفسخ مستندا الى اصالة عدم الاجازة فلم يشمل عليه من حين العقد اوفوا بالعقود حتى يمنع من التصرفات .

و ثانيا تقدم من المصنف انّه لا يجوز للاصيل ان يتصرّف فيما انتقل اليه و لا فيما انتقل عنه الى زمان الاجازة لعدم العلم بالاجازة وعدمها فاذا ننقض ما ذكره هنا بما تقدم بانه لو تضرر الاصيل الى

زمان الاجازة فى غير المقام فباىّ وجه اجبتم هناك فمثله يجيب هنا ايضا من القول بجواز الفسخ او انّه اقدم بنفسه على ذلك فليس الفسخ اوغير ذلك و بالجملة ليس للمقام خصوصية ليوجب انكار صحة الفضولى عند عدم وجود مجيز حال العقد و لاينكر صحة اصل الفضولى و قد تقدم عدم تمامية الاستدلال بادلة نفى الضرر هنا فراجع ٠

قوله الثالث لايشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد ٠

اقول : وهذه المسئلة الثالثة تتصور على ثلثة انحاء الاول ان يكون عدم جواز التصرف من ناحية عدم المقتضى كما اذا باع الفضولى متاعا لزيد من عمرو فلم يكن ذلك المتاع حال العقد موجودا عند عمرو و انما ملكه بين العقد و الاجازة باع شيئا لنفسه وكان لغيره ثم ملك بنفسه الثانى ان يكون عدم جواز تصرّف المجيز حال العقد من جهة فقدان شرطه كما اذا باع الفضولى مال اليتم او السفيه او المحجور لفلس ثم صاروا واجدين للشرائط فانّ عدم كون المجيز ممن يجوز له التصرّف حال العقد من جهة عدم تحقق شرط التصرف و الا فالمقتضى لذلك موجود و هو كونه مالكا حال العقد ٠

الثالث ان يكون ذلك من جهة وجود المانع بان كان المقتضى و الشرط كلاهما موجودين و لكن يقترنان بمانع يوجب عزل المقتضى و الشرط عن التاثير و هذا كما اذا باع الفضولى مال الراهن فضولا فانّ الراهن مالك حقيقة و شرائط التصرف موجود فيه و لكن افترن ذلك بمانع اوجب منعه عن التاثير وعن جواز التصرف ٠

فهل يحكم فى هذه الصورة ببطلان البيع الفضولى او بالصحة فللمجتران يجيز العقد بعد تجدد المقتض و احتوائه الشرائط و ارتفاع

الموانع او يفصّل بينها فيحكم بالصحة فى بعضها و بالبطلان فى بعضها الاخر وجوه ٠

اما الصورة الاولى فالبحث فيها من جهات ثلث الاولى ان لا يكون المجيز جائز التصرف حال العقد واقعا الثانى ان لا يكون المجيز جائز التصرف ظاهرا بان تم موضوع الحكم الظاهرى فى حقه وحكم بعدم جواز التصرف فيه ٠

الثالث ان يعتقد عدم جواز التصرف فقط تخيّلا و توهّمامن غير ان يكون كك واقعا او يتم فى حقه الحكم الظاهرى فى مرحلة الشك فالجامع فى الجميع هوعدم كون العقد صادرا عن المالك الفعلى مع العلم به فهذه الصورة بعينها هى مسئلة من باع شيئا ثم ملك فهى مسئلة معروفة و سياتى الكلام فيها و اما الصورة الثانية فالظاهر انّه لاشبهة فى صحة العقدوعدم اشتراطها بكون المجيز جائز التصرف حال العقد بل يكفى فى صحته كونه جائز التصرف حال الاجازة و ذلك لان العقد انما انعقد بجميع شروطه و قيوده و تحقق حاويا لها من القصد وغيره فى صحيفة الوجود خلا استناده الى من له العقد ولابدّ وان يستند اليه واذا كان المجيزحين اجازته قابلا لذلك و صح ان يستند اليه ذلك العقد فما المانع من شمول العمومات عليه والحكم بصحته فذلك حين انعقاده وان كان غيرواجد لمجيزيجوز تصرفه الا غيرشرط فى صحته بل يكفينا الشك فى ذلك فندفعه بالعمومات فلذلك العقد صحة تاهليّة فنحكم بالصحة كما هو واضح و الذى يوضح ذلك انه لوعقد صبى او سفيه عقدا بناء على عدم كونهما مسلوب العبارة فاجازة الولى او اجازا بعد ارتفاع اليتم و السفه ـ

و صيرورة الصبى بالغا و السفيه رشيدا فهل يتوهّم احد بطلان ذلك العقد فمقامنا هذا من هذا القبيل ·

نعم فى المجنون اذا عقد بسفه ثم افاق و اجاز العقد لا وجه من الحكم بالصحة بعدم تمشى القصد منه على العقد فيكون باطلا من هذه الجهة و بالجملة سواء كان المتصدى بالعقد هو السفيه و الصبى بنفسهما بان باعا مالهما مباشرة ام كان المتصدى لذلك شخص فضولة ثم اجازا فلا شبهة فى صحة ذلك البيع و لا يضر عدم كون المجيز حين الاجازة جائز التصرف بل يكفى كونهما واجدين للشرط حين الاجازة و ذلك لانّ العقد تام من جميع الجهات الا من جهة الاستناد الى من له الاستناد فقد استند اليه عند الاجازة من غير ان يكون عنه مانع بوجه ·

اما الصورة الثالثة فهى اقتران بالمانع كما اذا باع الراهن او المرتهن او الفضولى مال الرهانة ثم اجاز الراهن بعد فك الرهن و جواز تصرفه فيه حيث انّ الرّاهن لم يكن جائز التصرف حال العقد وانما صاركك حين الاجازة فهل يصح هذا العقد ام لا او يفصل الظاهر انّه لامانع من الحكم بصحة العقد هنا ايضا لما تقدّم ان للعقد تمام التاثير من سائر الجهات باجمعها الا من جهة الاستناد فيكون مستندا الى من له العقد باجازته اذا كانت حين كون الرّاهن جائز التصرف خصوصا اذا كان البايع هو المرتهن فانّ تصديه بالبيع كاشف عن عدم كون حقه مانعا عنه فيكون كسائر البيوع الفضولية و بالجملة قد عرفت مرارا ان حكم الاجازة حكم البيع الابتدائى فكما انّ المناط فى تماميته صحة البيع من جميع الجهات فى البيع الابتدائى هو

زمان العقد فكك فى البيع الفضولى هو زمان الاجازة فى الشروط التى ترجع الى المالك دون العاقد وقد فصل بين بيع المرتهن الرهن فحكم بصحته و بين بيع الراهن ذلك فحكم بفساده وحاصل الفارق انّ بيع المرتهن الرهن ليس الا كبيع الفضولى فهو تمام من جميع الجهات فيحكم بصحته بمقتضى العمومات باجازة الراهن و هذا بخلاف الراهن فانه و ان كان مالكا و لكن الشارع قد منع عن جواز بيعه العين المرهونة لتعلق حق الغير بها و الغى بذلك استناد المبيع اليه فيكون بيعه هذا غير مستند اليه وان كان تمام من سائر الجهات فالبيع الغير المستند الى شخص باطل لكونه مراعا و معلقامن دون ان ينضم الى شخص فهذا ليس مثل بيع الصغير و السفيه و البيع الفضولى فانّ البيع فى لجميع يستند الى المالك بالاجازة بعد البلوغ و الرشد فى الاولين والاجازة فى الثالث او الى من له العقد اعنى الولى فيتم العقد من جميع الجهات و لم يلغ الشارع اللاستناد بالكلية فى امثال تلك المذكورات و هذا بخلاف الراهن فانه الغى استناده اليه و هو نظير تزويج الرجل بنت الاخ او الاخت على العمة والخالة حيث انّ الشارع الغى استناد ذلك العقد الى الزوج من دون اذن العمة والخالة فيكون فاسدا و بالجملة كان اساس المنع ان العقد الذى وقع له ينتسب الى المالك لالغاء الشارع استناده اليه مع تعلّق الغير بالعين والفرض انه لم يقع هنا عقد اخر بعد انفكاك الرهن ليستند الى المالك فيكون باطلا و لاتوجب انفكاك الرهن صحته و لا انّ اجازته توجب الصحة لو كان العقد الواقع عليه فضولة فلايكون ذلك العقد مشمولا للعمومات و فيه الظاهر انّه لافرق فى الحكم

بالصحة و الاستناد بين بيع الراهن و المرتهن وغير البيوع الفضولية و كلها قابلة الاستناد الى المجيز و لها صحة تأهلية .

و ذلك فانّ اجازة المرتهن و العمة و الخالة وان كانت دخيلة فى صحة العقد و لكن توجب ذلك سقوط العقد عن الصحة التأهلية و عن قابلية الاستناد الى من له العقد بعد تماميّة سائر الشرائط و اجازة من لاجازته دخل فى صحة العقد فانه لانر مانعا عن شمول ادلة صحة العقود على ذلك بوجه غاية الامر لابد من ملاحظة ما يدل على دخالة اجازة الغير فى صحة العقد فبذلك المقدار نرفع اليد عن اللزوم وانما نحكم به بعد اجازة الغير و اما المقدار الزائد فلا وليس فى الادلة الدالة على دخالة اجازة الغير ما يدل على بطلان العقد بالكلية بدون اجازة المرتهن او العمة و الخالة كما لا يخفى .

فيكون ذلك تخصيصا لادلة اللزوم من الاول نظير تخصيصها بالادلة الدالة على ثبوت خيار المجلس من زمان العقد وليس ذلك تخصيصا فى الافراد حتى يتوهم عدم امكان التمسك بالعمومات فى مقام الشك بل تخصيص باعتبار الحالات فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن.

و يؤيد ذلك الاخبار الواردة فى نكاح الصغيرين حيث انّ ـ الصغيرين ليسا ممن يستند اليهما العقد عنده .

وكك يدل على ذلك الادلة الواردة فى صحة نكاح العبد بدون اذن المولى حيث علل بانه لم يعص اللّه وانما عصى سيده ففى المقام ايضا انّ الراهن فى بيعه هذا لم يعص اللّه وانما عصى المرتهن فيكون عقده و بيعه صحيحا و يتم من جميع الجهات باجازة

المرتهن فهذا لا شبهة فيه بوجه من الوجوه كما هو واضح لا يخفى ·

و يؤيد ذلك بيع الصرف والسلم حيث انّ العقد حين وقوعه لم ينتسب الى من له البيع الى زمان القبض لاشتراطه به و انما ينتسب بعد تحقق شرطه و هو القبض و يكون مشمولا لاوفوا بالعقود و مقامنا كك فانّ العقد الصادر من الراهن لم يكن مستندا الى الراهن حين الصدور من جهة المانع وكان باطلا بمعنى عدم ترتب الاثر عليه و لكن بعد ارتفاع المانع يكون منتسبا الى المالك و مشمولا للعمومات كماهو واضح

و بعبارة اخرى : انّ المقام من صغريات دوران الامر بين التخصيص و التقييد و قد تحقق فى محلّه انّ التقيد مقدّم على التخصيص لكونه قدرا متيقنا مثلا اذا ورد اكرم العلماً وعلمنا بخروج زيد العالم عنه فى اليوم الاول يقينا و لكن نشك فى خروجه الى الابد او فى اليوم الاول فحينئذ يدور الامر بين تقييد العام باليوم الاول و الالتزام به من جهة طروّ حالة موجبة للتقييد و بين تخصيصه و اخراج الخاص من تحته الى الابد فيؤخذ القدر المتيقن لانّه المتيقن الخروج و تمسّك بالعام فى الازمنة الاخرى و مقامنا كذلك حيث ورد التقيد قطعا للعمومات ببيع الراهن حين تعلّق حق الرهانة بالعين الموهونة و خرج بيعه هذا عن تحت العمومات نظير خيار المجلس و لكن نشك انّ هذا الخروج باعتبار تلك الحالة فقط اعنى حالة تعلق حق ـ المرتهن عليها ليكون الاخراج تقييدا او ابدى ليكون الخروج تخصيصا فحيث انّ القدر المتيقن هو الاول فالمقدار الزائد منه مشكوك فنلتزم بالتقييد فنتمسك بالعمومات فى المقدار الزائد و هذا واضح جدا ·

و قد بقى هنا امران الاول انّه بعد الالتزام بصحة بيع الراهن

وعدم منع تعلّق حق المرتهن بالعين عن نفوذه و شمول العمومات عليه بعد ارتفاع حقه و انفكاك الرهن فهل لاجازة المرتهن دخالة فى صحة ذلك البيع الذى كان المالك غير جائز التصرف حين العقد وكان البيع واقعا فضولة او اصالة من الراهن بعد فكّ الرهن باعتبار دخالتها قبل الفك وحين صدور العقد ام لا الظاهر عدم دخالة رضاه فى صحة ذلك العقد فانّ عقد الراهن كان تمام الجهات و واجدا للشروط من سائر الجهات باجمعها الا من جهة الاستناد الى المالك لمنع تعلّق حق الغير بالعين عن ذلك الاستناد و بعد زواله فيكون العقد تاما من جهة الاستناد ايضا فيشمله العمومات و بعد ذلك تعليق صحته الى شئ اخر خلف الفرض و تحصيل للحاصل واذا شككنا فى دخالته فى صحة العقد فندفعه بالعمومات .

الامر الثانى وهو المهم انّه هل هذا كسائر البيوع الفضولية فى جريان نزاع الكشف و النقل فيه او انّ له امتياز عنها قولان و الحق امتيازه عنها لانّ الظاهر انّه لاملازمة بين القول بالكشف هناك و بين القول بالكشف هنا بل نلتزم هنا بالنقل بالمعنى الذى تعرفه مع التزامنا بالكشف هنا تبعا للمحقق الثانى و من تبعه فانه(ره) مع اسراره على الكشف فى البيع الفضولى لم يلتزم به هنا فاذا باع الراهن العين المرهونة فلا تكون الملكية حاصلة من حين العقد و هكذا لو باع ذلك الفضولى و بيان ذلك انّ اساس قولنا بالكشف فى هناك هو انّ العقد كان واقعا على ما هو عليه من احتوائه جميع الشرائط الا جهة الانتساب فاذا انتسب اليه بالاجازة فيتم من جميع الجهات فتشمل عليه العمومات حين الاجازة و تثبت صحة العقد و

ترتب الاثرعليه من الاول لجواز تعلّق الاجازة بالامر المتقدم كجواز تعلقها بالامر الحالى والامر المتاخر لكونها من الامور التعلقية كماعرفت وهذا بخلاف ما نحن فيه فانّ عدم تمامية العقد على العين المرهونة حين العقد لم يكن مستندا الى جهة عدم الانتساب الى المالك بل كان مستندا الى المالك لوكان الراهن هو البايع وعلى تقدير كونه الفضولى فيكون ناقصا من جهتين الاولى عدم انتسابه الى المالك و الثانية جهة تعلق حق الغير به وعدم كون المجيز جائز التصرف حين العقد بل كان فاقدا لشرط اخر وهو خلّوه عن رضاية من رضايته شرط فى صحة العقد وهو حق المرتهن ولذا لوكان البايع هو الراهن اوغير الراهن فضولة واجاز الراهن قبل اداء الدين و فك الرهن لايكون العقد ايضا مشمولا للعمومات لاقترانه بالمانع وهو حق المرتهن وعلى هذا فلو باع الفضولى العين المرهونة او الراهن فى يوم السبت وانفك الرهن يوم الاحد واجاز الراهن يوم الاثنين فلا يكون فاقدا من حين العقد لعدم انحصار المانع بعدم الاستناد فيما اذا كان البايع هو الفضولى وعدم وجدانه تمام الشرائط لوكان هو الراهن وفقدان رضاية المالك بل يكون نافذا من حين الفكّ فانّ ذلك الزمان زمان انحصار المانع بفقدان الاستناد فاذا رضى المالك بالعقد فيكون نافذا من زمان الفك والانحصار المانع بعدم رضاية المالك ٠

وبعبارة اخرى : انّ رضاية المجيز المالك تصلح العقد من جهة الموانع التى ترجع اليه ومن ناحيته دون الموانع التى من ناحية الغير فانّ الناس مسلطون على اموالهم وشئونهم و حقوقهم

فليس لاحد التصرف فيما يكون موردا لسلطنة الغير و يكون ذلك موجبا لازالة حقه فلابدّ هنا من القول بالنقل بهذا المعنى و هو فى الحقيقة متوسط بين الكشف و النقل المتقدمين و هذا نظير بيع الصرف فانّه لو باع احد مقدارا من الذهب فضولة ثم حصل القبض بعد ساعتين و اجاز المالك ذلك البيع بعد اربعة ساعات فهل يكشف ذلك الاجازة من حصول النقل من زمان العقد مع انّ شرطه و هو القبض غير حاصل بل اجازته هذه تكشف عن حصول النقل و الانتقال من زمان القبض فانّ المانع عن النقل و الانتقال الى زمان القبض لم يكن مستندا الى عدم رضاية المالك فقط بل كان بعد القبض ايضاموجبا لعدم حصول النقل و الانتقال و من هنا كان الامر كك لوكان المتصدى بالبيع هما الاصيلان فهل يزيد بيع الفضولى على بيع الاصيلين فليس كك فافهم ٠

و بالجملة لانعقل وجها للقول بالكشف من حين العقدفى بيع الفضولى العين المرهونة كما لايمكن ان يتفوه بذلك فى بيع الصرف ايضا ٠

هذا كلّه فيما اذا كان عدم جواز التصرف مستندا الى فقدان الشرط او وجود المانع و اما المسئلة الاخرى فهى ما كان ذلك مستندا الى عدم المقتضى فقد عرفت انّ هذه المسئلة منحلة الى ثلث مسائل ٠

الاولى ان يبيع شخص ما لالنفسه مع العلم بعدم ملكه له حال العقد واقعا ثم ملكه اما بالاختيار كالبيع و نحوه او بالنواقل القهرية كالارث فهل يمكن الحكم بصحة ذلك بحسب القواعد ام لا و قد نسب

المصنف القول بالجواز الى الشيخ الطوسى فى مسئلة بيع المالك العين الزكوى بعد تمام النصاب وقبل اخراج الزكوة حيث التزم الشيخ الطوسى بصحة البيع و يلزم للمالك اداء الزكوة من ماله مع انّ هذه المسئلة من صغريات ما نحن فيه اعنى بيع شئ ليس للبايع مالكيّة لها ثم ملكه فانّ حق الفقراء قد تعلّق بالمال وكانوا شركاء معهم باىّ نحو كانت الشركة سواء كان بعنوان الشركة الحقيقيه او من باب الكلّى فى المعين ٠

وفيه : انّ الظاهر انّ الشيخ لم يفت فى هذه المسئلة بالجواز من جهة القواعد بل لورود النص الصحيح عليه و قد ذكر الشيخ النص فى كتاب الزكات و هى صحيحة عبد الرحمن البصرى قلت للصادق(ع) رجل لم يزك ابله و شاته عامين فباعها على من اشتريها ان يزكيها لما مضى قال نعم توخذ زكوتها ويتبع البايع او يؤدى زكوتها البايع والعجب من المحقق كيف رضى القول بالاشكال على الشيخ مع ورد النص عليه وغفل عن النص كما انّ العجب من المصنف حيث احتمل انّه الا ان يكون مراد الشيخ من الحكم بصحة البيع جعل المقام مثل بيع العين التى تعلق بها حق الديان او حق المرتهن ولم يحتمل كون الشيخ مستندا الى الرواية واذن لاوجه للاستشهاد بمثل تلك الفتاوى بالمقام لكونها منصوصة بل لابد من التكلم فيها بحسب ما تقتضيه القواعد ٠

والحاصل انّ الكلام فى عدم كون المجيز جائز التصرف حال العقد من جهة المقتضى يقع فى ضمن مسائل ٠

الاولى ان يبيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فهل يصح البيع ام لا

كما اذا باع الابن مال ابيه ثم ملكه بالقهر كالارث او بالبيع و على تقدير الصحة نتكلم فى انّه محتاج الى الاجازة ام لا و قد ذكرنا انّه لاملازمة بين هذه المسئلة و بين مسئلة بيع العين الزكوى كما ذكرها المصنف فى المتن فانّ اصل مسئلة بيع العين الزكوى و ان كانت من صغريات هذه المسئلة بناء على تعلّق الزكوة بالعين وكون الفقراء شركاء مع المالك سواء كانت الشركة على نحو الاشاعة او على نحو الكلى فى المعيّن ولكن المسئلة منصوصة فجواز بيعها لا يرتبط بجواز بيع مال الغير لنفسه فانّه ورد النص على ما فى حاشية السيّد انه لوباع المالك العين الزكوى فيكون البيع صحيحا فتكون الزكوة على البايع بان يؤديها من ماله او تتبع المال فيودّيها المشترى فهذا امر آخر لاربط له بما نحن فيه من الكبرى الكلية فارجاع الشيخ المسئلة الى مثل تعلق حق المرتهن بالعين المرهونة فقد عرفت جوابه فلابدّ من صرف عنان الكلام الى التكلم بحسب القواعد و قبل تحقيق المقام لابد و ان يعلم انّ مقتضى العمومات و الاطلاقات صحة تلك المعاملة فلابدّ من الحكم بالفساد من دليل خاص ليوجب تقييدها اوتخصيصها اذا عرفت ذلك ·

اعلم انّ المسئلة ذات قولين قول بالصحة كما عليه المصنف و جمع كثير غيره و قول بعدم الصحة وعليه جماعة اخرى منهم المحقق النحرير الشيخ اسد اللّه التسترى و قد استدل على البطلان بوجوه قد اشار اليها المصنف و الى جوابها ·

الاول الاشكال المتقدم فى بيع الغاصب و هو منحل الى وجوه ثلثة و قد ذكر المصنف انّه لايجرى بعضها فى المقام ·

الاول عدم تمشى القصد من الغاصب الى حقيقة المعاوضة فيكون باطلة وقد اجاب عنه شيخنا الاستاذ بوجه لايكون ذلك جوابا عما نحن فيه ولكن على ما اجبنا عنه به فيكون جوابا عنه هنا ايضا واما ما ذكره شيخنا الاستاذ فى تصحيح بيع الغاصب الذى لايجرى هنا فتوضيح ذلك على ما تقدم من شيخنا الاستاذ انّ من باع شيئا بما انّه مالك تارة يكون مالكا حقيقياً كما اذا كان مالكا للمبيع ٠

واخرى يكون مالكا ادعائيا نظير الحقيقة الادعائية فى المجاز على ما سلك به السكاكى طريق المجازكما اذا غصب مال الغير فباعه لنفسه فانّه ليس بمالك حقيقة ولكن لاجل سرقته الاضافة المالية ونسبتها الى نفسه قد راى نفسه مالكا للعين وباع بادعاء انّه مالك وتخيّل وجود اضافة مالكيّة بين المال وبين نفسه كما يتخيّل كون المنية سبعا ويثبت له لوازم السبعية من الاظفار وهذا الوجه لا يجرى فى المقام فانّ البايع لايدّعى كون المال له ليتحقق له ملكا هنا ملكية ادعائية بل هو بعد على اقراره بانّ المال للغير وانّما باع هو مال الغير لنفسه فيكون ذلك الوجه غير جار فى المقام ومن هنا ذكر شيخنا الاستاذ انّ البايع لم يسرق الاضافة ولم يغصب المال فكيف يقصد المبادلة بين الثمن الذى يقصد تملكه والمثمن الذى هو ملك لغيره مع انها تقتضى دخول الثمن فى ملك من خرج عنه المثمن ولكن قد تقدم انّ الوجه فى صحة بيع الغاصب غير ماذكره شيخنا الاستاذ ٠

وحاصله انّ حقيقة البيع كما مرّ مرارا ليست الا عبارة فى المبادلة بين المالين بحيث يدخل العوض المكان الذى خرج عنه المعوّض وكك

العكس و خصوصية قصد المالك ليست دخيلة فى صحة البيع بوجه وانّما هو امر زائد عن حقيقة البيع اذن لو باع مال لنفسه فقصد تلك الخصوصية فهو امر موافق للواقع و امر زائد عن حقيقة البيع لا يضرّ ولا ينفع و اذا باع مال غيره لنفسه فحقيقة البيع التى عبارة عن المبادلة بين المالين قد تحققت لعدم تقدّم حقيقة المبادلة والمعاملة بخصوصية المالك و انّما حقيقتها متقوّمة بتبديل المالين كما عرفت وهى انما تحصل بالمبادلة فى ملك المالك الواقعى ليكون التبديل فى الاضافة و هذا المعنى قد تحقق هنا غاية الامر انّ خصوصية كون البيع لنفس البايع مع عدم كونه مالكا امر زائد عن حقيقة البيع فقصد الامر الزائد عن حقيقة البيع الذى لا يوافق الواقع لا يوجب بطلان البيع ولا يضر بصحته ووجه صحة بيع الغاصب على هذا التقريب يجرى هنا ايضا لكونه بيعا حقيقة و مشمولا للعمومات فانّ ما اعتبر الرضاية فى البيع ليس الا آية التجارة و قوله (ع) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فلا شبهة انّ الشخص اذا باع مال غيره ثم ملكه يصدق عليه انّه تجارة عن تراض و طيب نفس ولعل مراد المصنف من قوله ربّما لا يجرى بعض الوجوه هنا هو هذا الوجه .

و اما ما ذكره شيخنا الاستاذ فشئ لا يمكن تصديقه اذ الغاصب لا يسرق الاضافة و انّما يغصب المال و اما الاضافة فامر اعتبارى يعتبره لنفسه فمجرّد ادعائه المالكيّة لا يوجب انقلاب الواقع عمّا هو عليه بناء على دخالة تعيّن المالك و قصده فى خقيقة البيع .

الثانى انّ الغاصب انّما قصد كون البيع لنفسه و عامل على ذلك القصد فلاشبهة انّ البيع انّما يقع للمالك اذا اجاز دون الغاصب

فيلزم ح كون ما تعلّق به الاجازة غير ما وقع فلا يكون صحيحا اذا۔ الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع ٠

و هذا الوجه من وجوه بطلان بيع الغاصب يجرى هنا ايضا اذ البايع لمال الغير لنفسه انّما باعه لنفسه و بقصد كونه له و اجازة المالك انّما هى بعنوان كونه له دون العاقد فيلزم ان يكون الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع و ليس ما اجازه المالك منشاء حتى يكون موردا للاجازة ٠

الوجه الثالث : انّ الاخبار تدل على انّ بيع ما لايملك حين العقد غير جائز و قد تقدمت الاشارة اليها واالى توجيهها و سياتى الكلام فيها تفصيلا ٠

و الحاصل ان من جملة الاشكالات التى اشكل به التسترى على صحة بيع مال الغير لنفسه ما اشكلوا به فى بيع الغاصب من عدم تحقق قصد البايع الى حقيقة المعاوضة و المبايعة فان حقيقتها مبادلة مال بمال بحيث يدخل العوض من كيس من خرج المعوّض منه لتحقق المبادلة بين المالين فى جهة الاضافة ٠

اقول : و قبل الدخول بتوضيح ذلك لابد و ان يعلم ان مقتضى العمومات و الاطلاقات صحة بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه لصدق البيع عليه فى العرف حقيقة فيكون مشمولا للعمومات و الاطلاقات فان ثبت من العقل و النقل دليل خاص يوجب تحصيصها او تقيدها فناخذ به و نقيّد بذلك او نخصّص الاطلاق و العمومات والا فنحكم بصحة المعاملة و هكذا الامر فى جميع الموارد اذا عرفت ذلك فنقول انّه و ان اجبنا عن ذلك الاشكال امس بما لايضرّ ببيع الغاصب و لا ببيع

البايع مال الغير لنفسه ولكن نقول فى اليوم ان بيع مال الغير لنفسه ولكن نقول فى اليوم انّ بيع مال الغير لنفسه يتصوّر على قسمين .

الاول ان يكون غرض البايع من ذلك بيع مال الغير فعلا ليشترى منه بعد ذلك او يتملك بغير الشرى بحيث يعلم قطعا انّه يتملك .

و بعبارة اخرى يكون الانشاء فعليّا و المنشأ استقباليّا بحيث ينشأ فعلا ملكيّة مال الغير لزيد ليدخل الثمن فى مقابله فى كيسه ولكن ملكيّة متاخرة نظير بيع مال نفسه بعد خمسة ايام وهذا لا شبهة فى صدق حقيقة المبايعة عليه و تحقق القصد من البايع الى ذلك وكونه مشمولا للعمومات و الاطلاقات بحيث ليس فيه محذور من هذه الجهة التى نحن بصددها بل لايتوقف على الاجازة اصلالكونه خارجا عن البيع الفضولى و انّما باع مال نفسه .

نعم نتوقف فيه من جهة التعليق المجمع على بطلانه فى العقود فانّ الانشاء هنا و ان كان حاليّا ولكن المنشأ عبارة عن ملكية مال زيد للمشترى بعد خمسة ايام نظير باب الوصية و ليس هذا التعليق مثل قول البايع ان كان هذا لى فبعت عند الشك فى كونه له او لغيره او قال بعتك هذا ان قبلته فانّ امثال هذه التعليقات التى هى راجعة الى التعليق فى اركان العقد المنكونة فى العقد حقيقة سواء صرّح به ام لا لا يضرّ بالصحة لكونها ممّا لابدّ منه و خارجا فى معقد الاجماع القطعى الذى ادعوه فى المقام .

اللهم الا ان يقال ان بطلان التعليق انّما هو بالاجماع كما سمعت و هو دليل لبّى فلابدّ من اخذ المتيقن من ذلك فهو فيما اذا كان البايع باع مال نفسه فلو علّقه على شئ فحكم ببطلانه ـ

للتعليق للاجماع على بطلانه و اما فيما كان التعليق فى بيع مال غيره فلا يقين لنا لكونه داخلا فى معقد الاجماع ٠

الثانى من صورتى بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه ان يكون الانشاء و المنشأ كليهما فعليين من دون ان يكون فى البين تعليق بان يكون المنشأ الملكيّة بعد خمسة ايام بل ينشأ ملكيّة مال زيد لعمرو فى مقابل خمسة دنانير ليدخل الثمن فى كيسه و يخرج المثمن من كيس زيد من غير ان يكون غرضه انشاء الملكية المتاخرة ليتملك بعد ذلك و يعطيه للمشترى و ان كان غرض التسترى (ره) هذا الوجه الظاهر انّه لامدفع له لانتفاع حقيقة المبايعة فانّ حقيقتها المبادلة بين المالين و ذلك لايتحقق الا بكون العوض داخلا على كيس من خرج المعوّض من ذلك و من هنا قلنا سابقا انّ حقيقة البيع عبارة عن المبادلة بين المالين فى جهة الاضافة و بان يعقد العوض مكان المعوّض و المعوّض مكان العوض و الا فليس المراد من التبديل التبديل المكانى وعلى هذا فيتوجه اشكال عدم تحقق القصد الى حقيقة المبايعة و المبادلة و ما قلنا امس من عدم دخالة خصوصية المالك فى حقيقة البيع لكونها امرا زائدا عنها و ان كان صحيحا ولكن المقام ليس كك لما عرفت من عدم كون ذلك مربوطا بتلك الخصوصية بل راجعا الى هدم حقيقة البيع فانّه انّما لايضرّ عدم التوجه الى الخصوصيّات المالكية اذا كانت حقيقة البيع متحققه و انّما كان الاشتباه فى خصوصية المالك انّه هو او غيره كما اذا باع مال غيره اشتباها او بتخيّل انّه له فانّ القصد فى امثال ذلك انّما تعلّق بالمبادلة بين المالين بحيث يكون العوض داخلا مكان المعوّض و بالعكس غاية الامر

انّ الخطاء وقع فی تطبیق المالک علی غیر المالک ٠

نعم هذا یجری فی بیع الغاصب حیث انّه نزّل نفسه ادعاء منزلة المالک وجعل نفسه من مصادیق ذلک فانّ المبادلة انّما وقع بین المالین بحیث یکون العوض داخلا فی ملک طبیعی المالک و بالعکس والخصوصیات الشخصیة المالکیّة خارجة عن حقیقة المبادلة واذا باع شخص مال غیره کما فی الغاصب بدعوی انّه هو المالک نظیر دعوی الحقیقة الادعائیة فی المجازعلی ما سلکه السکاکی فقد حصلت المبادلة بین المالین حقیقة واما اذا لم یکن کذلک ولاان یکون البیع مستندا الی الاشتباه ولا الی التخیّل بل مع العلم بانّ المال مال الغیر یبیع ذلک لیکون المعوّض خارجا من کیس مالکه و یدخل العوض داخلا بکیس نفسه البایع دون المالک فقد عرفت فی تعریف البیع انّه خارج عن حقیقة المبایعة والمبادلة و بالجملة ان الخصوصیّات المالکیة لاتضرّ بحقیقة المعاملة اذا لم توجب التزلزل فی حقیقة المبادلة والا فلابدّ من اعتبارها علی النحو الذی عرفت ٠

لایقال انّ من باع مال غیره لنفسه وان لم یدعی کون نفسه مالکا تنزیلیّا ومن مصادیق طبیعی المالک الا باعتبار کونه مالکا بعد مدة اما بالقهر او بالاختیار یکون مالکا بالفعل وحین العقد ایضا بالمجاز المشارفة ٠

فانّه یقال انّ المجاز المشارفة لایوجب تحقق البیع حقیقة و انّما یوجب کونه مالکا مجازا وما صدر منه بیعا مجازا ولایقاس ذلک ـ بالادعائی فانّه یوجب تحقق البیع حقیقة ٠

الاشکال الثانی علی بطلان بیع مال الغیر لنفسه انّه لابدّ و

ان يكون بيع الفضولى واجد الجميع الشرائط وحاويا لها غير جهة رضاية المالك فاذا رضى المالك فيتم من جميع الجهات و يستند البيع اليه و يكون مشمولا للعمومات و مقامنا هذا ليس كك اذ البايع مال الغير لنفسه مع عدم وجدان بيعه رضاية المالك ليس قادرا على تسليم المبيع حين العقد مع انّه لا بدّ من اعتباره حين العقد بمقتضى الادلة وقد اجاب عنه المصنف بما حاصله انّ كلامنا فى المقام فى البيع الفضولى و انّ رضاية المتأخرة هل توجب صحة ذلك البيع ام لا فقد عرفت كفايتها فيها فانّ ما يدل على اعتبار رضاية المالك ليس الا آية التجارة و التوقيع الشريف الدال على حرمة التصرف فى مال الغير الا بطيب النفس ولا شبهة انّ البيع الفضولى بعد رضاية المالك تجارة عن تراض و اكل مال الغير بطيب نفسه و ليس مثل بيع مال الغير عدوانا و غصبا او نحو ذلك لئلا يصدق عليه التجارة عن تراض.

واما كون ذلك البيع فاقد لشرط آخر بحيث يكون البطلان مستندا الى فقدان ذلك الشرط فغير مربوط بامر البيع الفضولى.

وفى مقامنا هذا انّ هذا البيع باطل من جهة عدم قدرة البايع على التسليم لانّا لا نضائق من اعتباره حال العقد لاجل الدليل الدال على اعتباره اذن فيكون البيع هنا باطلا لذلك لان من هو بايع ليس بقادر على التسليم حال العقد و ان كان قادرا حين الاجازة و ما هو قادر على التسليم اعنى المالك ليس ببايع فتفسد المعاملة.

اقول اما التزامه بكفاية رضاية المالك عند الاجازة وكون البيع الفضولى بالاجازة تجارة عن تراض و اكلا لمال الغير بطيب النّفس

فمما لا شبهة فیه لعدم الدلیل فی صدق التجارة عن تراض ازید من استناد البیع الی المالك فهو حاصل بالاجازة ٠

واما اعتباره القدرة علی التسلیم حال العقد فتارة نقول باعتبار نفس التسلیم الخارجی واخری بالقدرة علیه اما الاول فلا دلیل علی اعتباره فی صحة العقد قطعا غایة الامر مع عدم التسلیم الخارجی یثبت للمشتری او البایع مع عدم تسلیم الثمن خیار تخلف الشرط الضمنی لالتزام کل من البایع والمشتری ضمنا علی التسلیم کما لا یخفی واما اعتبار القدرة علی التسلیم فلیس علیه دلیل الا احد الوجهین علی سبیل منع الخلوّ فشئ منهما لایدل علی مقصد المصنف احدهما کون ذلك البیع الذی لایقدر المالك علی تسلیم المبیع حال العقد خطریّا وغرریّا وقد نهی النبی ص عن بیع الغرر فیکون باطلا لذلك ٠

وفیه انّ الخطر والخدیعة الذی هو معنی الغرر انّما یتوجه عند الاجازة استناد البیع الی المالك الذی هو البایع حقیقة فانّ وقت الاجازة وقت تحقق البیع وحصول حقیقته و ترتّب اثاره واماقبل ذلك فالفضولی لیس الا عاقدا فلم یتحقق البیع حقیقة لیترتب علیه آثاره فهل یتوهم احد ترتب احکام البیع واثاره علی العاقد فالفضولی من هذه الجهة ولایفرق فی ذلك کونه مالکا حال العقد ایضا ام لا بل یکون مالکا بعد العقد کما باع الابن مال ابیه فمات و انتقل الیه او مال غیره فاشتراه بعد ذلك کالعاقد وان کان فعله منشأ للاثر من جهات اخری کما تقدم ٠

اذن فلا یکون ذلك دلیلا علی اعتبار القدرة علی التسلیم حال

العقد بل على اعتباره حال الاجازة فقط فهو مسلم فلا يكون بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه باطلا من جهة عدم القدرة على التسليم ايضا فلا يكون ذلك مانعا من شمول العمومات و الاطلاقات على ذلك

و بعبارة اخرى : انّ الدليل انّما دلّ على اعتبار القدرة على التسليم للبايع بان يكون هو قادرا على تسليم ما باعه وعنوان البايعية انّما تحقق عند الاجازة فيكون المالك باجازته بايعا لانّ الفضولى المنشأ للعقد ليس ببايع حقيقة فيكون اعتبار القدرة على التسليم من حين الاجازة للمالك لاقبله فيكون المناط قدرة المالك حال الاجازة على التسليم سواء كان مالكا حين العقد ايضا ام لا ٠

الثانى قيام الاجماع على القدرة على التسليم فى البيع فلو خلا عن ذلك فيكون باطلا ففى المقام انّ البايع ليس بقادر عليه حال العقد ٠

وفيه على تقدير قبول الاجماع فهو دليل لبّى فالمتيقن منه صورة كون البايع بايعا لمال نفسه فانّه ح نعتبر القدرة على التسليم حال العقد ٠

واما فى بيع مال الغير لنفسه فنشك فى دخول ذلك فى معقد الاجماع فيكون خارجا عنه لعدم الاطلاق للادلة البينة ليشمل الموارد المشكوكة ايضا ٠

واما اعتبار التسليم الخارجى فهو غير معتبر فى صحة البيع قطعا لعدم الدليل عليه بوجه و من هنا لو باع ماله من شخص ولم يسلم ذلك قهرا عليه فلا يوجب ذلك بطلان المعاملة كما تقدم نظير ذلك فى بيع السلاح لاعداء الدين نعم يثبت للمشترى خيار الفسخ

من جهة المخالفة بالشرط الضمنى حيث انّ البايع يستلزم و يشترط فى ضمنى العقد ان يسلم المبيع الى المشترى و الا فله ان يفسخ المعاملة لاجل مخالفة هذا الشرط ٠

الاشكال الثالث من اشكالات التسترى انّه على القول بالكشف وكون الاجازة كاشفة عن الملكيّة السابقة كما هو الحق واغمضنا النظر عن الاشكالين الاولين من منع تحقق حقيقة البيع او بطلانه منجهة عدم القدرة على التسليم انّه يلزم خروج المال عن ملك البايع قبل دخوله فيه فانّ الفرض انّه باع مال غيره لنفسه و لم يملك بعدوقد ملك المشترى عليه على الفرض كما هو مقتضى القول بالكشف فح يلزم المحذور ٠

و قد اجاب شيخنا الانصارى عن هذا الاشكال ٠

بما حاصله انّ دليل الكشف انّما يدلّ عليه فى مورد يكون قابلا لذلك لافى مورد غير قابل لذلك فاذا باع شخص مال غيره لنفسه ثم ملكه او باع مال غيره لغيره فضولا ثم ملك الغير ذلك المال فاجاز البيع فيكون حصول الملكية على الكشف من زمان التملك فان هذا الزمان زمان قابلية تحقق الكشف و يكون مبدء الكشف من زمان اشتراء البايع او من له البيع الفضولى الى زمان الاجازة فيما احتاج اليها و اما قبله فليس المورد قابلا لحصول الملكية حتى يستشكل فى ذلك و فى نحو حصولها ٠

و بعبارة اخرى : انّ كشف الاجازة عن الملكية انّما يترتب على وجود الملكية بحيث انّ الملكية بمنزلة الموضوع للكشف و الكشف عنها بمنزلة الحكم المترتب على الملكية واذا لم يكن من له البيع

مالكا فيكون المورد غير قابل للكشف عن حصول النقل من زمان العقد بالاجازة بل من نقطة من الزمان الذى يكون قابلا للكشف و قبل تلك النقطة ليس المورد قابلا لذلك فان من له البيع ليس له مال حتى ينتقل الى المشترى و يتصور الكشف وعلى هذا فيكون المال خارجا من ملك البايع بعد دخوله فى ملكه لاقبل دخوله فيه ٠

وعلى هذا لامانع من شمول العمومات لما نحن فيه فيكون المقتضى للصحة موجودا و ليس عن شمولها مانع عقلى او شرعى ليكون موجبا لرفع اليد عنها ٠

و بالجملة من حين وجود القابلية ان يخرج المال من ملك البايع فلا نتصور مانعا بوجه عن شمول العمومات على ذلك ٠

ثم قال لايقاس المقام بما تقدم فى الكشف و النقل انّه لو خصّ المالك على الكشف الاجازة بزمان متاخّرعن العقد حيث قلنا بعدم صحة ذلك و وجه عدم القياس انّ القابليّة للكشف هنا كموجود من الاول فتكون العمومات شاملة عليه من حين العقد بخلافه هنا فانّ العمومات كما عرفت شاملة عليه من زمان تكون القابلية لاقبله فيكون الاجازة فى الاول بعد العقد مع كون القابلية من حين العقد قادحة فى صحة العقد وغير موافقة للواقع ٠

و قد اشكل عليه شيخنا الاستاذ بانّه بناء على جواز رد المالك عقد الفضولى و اسقاطه عن قابلية لحوق الاجازة به و بناء على كون الرد متحققا بالفعل و القول معا كما بينا على ذلك فيما تقدم فيكون بيع المالك ذلك المال الذى باعه الفضولى ردّا عمليّا كالفسخ العملى فى باب الخيار و كالرجوع العملى فى باب الطلاق اذن فلا يبق

مجال لاجازة من له العقد ذلك العقد الفضولى لسقوطه عن قابلية لحوق الاجازة عليه .

و فيه بناء على قبول جواز ردّ المالك العقد الفضولى بمعنى اسقاطه عن قابلية لحوق الاجازة بها و انّ ذلك امر ثابت للمالك اما بالاجماع او بدليل السلطنة لكون ذلك ايضا حقا ثابتا له فى ماله و من شئون سلطنته و يرد عليه اوّلا انّ مقتضى الناس مسلطون على اموالهم كونهم مسلطين على اموال نفسهم لاعلى اموال غيرهم اذا بيع المالك ماله اوجب سقوط قابلية العقد عن لحوق الاجازة به فى ملك نفسه لافى ملك غيره فانّه بعد البيع صار ملكا للغير فله ان يجيز العقد المتعلق بذلك المال نظير موت المالك و انتقاله الى الورثة فكما للورثة ذلك فكك للمالك الثانى ذلك و السر فى جميع ذلك هو انّ خصوصية المالك غير دخيلة فى صحة البيع بل هو مبادلة مال مالك طبيعى مع مال مالك طبيعى آخر .

و ثانيا انّ الدليل اخصّ من المدعى فانّ هذا انّما يتم فيما اذا انتقل المال من المالك الى من له العقد بالنواقل الاختيارية كالبيع و الهبة و نحوهما و اما لو كان بالنواقل القهرية كالارث و نحوه فلا عمل هنا ليكون ذلك ردّا للبيع الاول كما هو واضح و من عجائب شيخنا الاستاذ حيث التزم انّ تبدل المالكين هنا كقيام الوارث مقام المورّث فيكون الكشف هنا من الاول و من زمان العقد فانّه باى وجه يمكن الالتزام بانّ الوارث قائم مقام المورّث فيكون اجازته كاشفه عن الملكية من اول الامر و زمان العقد ليكون تبدل المالكين ايضا من هذا القبيل .

و اما ما افاده شيخنا الانصارى من انّ الكشف من زمان القبول و هو اوّل حدوث الملكية لمن له العقد و فيه انّه على هذا يلزم ان يكون الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع حيث انّ المنشأ هو الملكية من زمان العقد و الذى وقع هو هذا و الاجازة تعلّقت على الملكية من زمان متاخر عن العقد فيكون المجاز غير الواقع الذى لم يقع عليه العقد اذا فلا مقتضى لصحة العقد لانّه ليس هنا عقد لتشمله العمومات

و بعبارة اخرى : انّ العقد الفضولى بمنزلة الايجاب والاجازة بمنزلة القبول فيما هو واقع هنا فايجاب ليس له قبول و ما تعلق به الاجازة فقبول ليس له ايجاب فلا عقد هنا ليكون مشمولا للعمومات.

الاشكال الرابع : انّ العقد الاول الذى اوقعه البايع الفضولى و باع مال غيره لنفسه انّما يتوقف على صحة البيع.

الثانى اعنى اشتراء البايع الاول المبيع الذى باعه من المشترى فضولة من مالكه الاصلى لانّه مع عدم صحة ذلك البيع الثانى لايصح بيعه الاول ايضا فانّ البايع لم يبيع مال نفسه حتى يصح بيعه بل انّما باع مال غيره فبيعه انّما يكون صحيحا لو اشترى ذلك المال ثم يعطيه للمشترى الاول فيلزم من عدم صحة البيع الثانى عدم صحة البيع الاول ايضا و صحة العقد الثانى يتوقف على بقاء الملك على ملك مالكه الاول و الا فلا يجوز بيعه على فرض خروجه عن ملكه و على هذا فعلى القول بالكشف من حين العقد يلزم اجتماع مالكين فى ملك واحد فانّ مقتضى صحة البيع الاول كون الملك للمشترى من زمان العقد الذى يكشف باجازة من له العقد او بدون الاجازة بل بالاشتراء فقط فيما كان البايع بايعا لنفسه و صحة البيع الثانى كونه

للاصيل الى زمان البيع .

فاجتماع المالمين فى ملك واحد محال للتضاد على انّ صحة البيع الاول متوقفة على تملّك البايع المبيع فهو متوقف على ملك البايع الثانى ليبيعه منه مع انّه لو صحّ الاول يلزم منه عدم الثانى فانّه مع صحة الاول يكون المبيع مالا للمشترى من زمان العقد على الكشف فلا يبقى مجال للبيع الثانى و ملكيّة الاصيل و اذا لم يبق مجال للثانى فينعدم صحة البيع الاول و ملكية المشترى الاول ايضا لان الفرض انّه كان متوقفا على الثانى فيلزم من وجود البيع الثانى عدم الاول فيلزم من وجود الاول عدمه وكك الثانى فيلزم من وجوده عدمه فى آن فهو محال .

و قد دفعه المصنف بمثل ما اجاب به فى الاشكال الثالث من انّ الكشف من زمان القابلية لا من زمان العقد و لكن بناء على صحة جواب المصنف فهو انّما يوجب دفع الاشكال من جهة اختصاصه بالمقام لكن لايد دفعه فى جميع موارد الفضولى على الكشف و فى المقام من زمان القابلية كما اشار اليه التسترى (بان قلت) فان هذا الاشكال مشترك الورود فى جميع موارد الكشف حتى من المورد القابل فى المقام فانّ صحة البيع الفضولى على الكشف يقتضى حصول الملكية للمشترى من زمان العقد او من زمان قابل للكشف فهو متوقف على اجازة المالك و الا فلا يصح و صحة اجازة المالك متوقفة على كونه مالكا و الا فتكون اجازته كاجازة الاجانب فيلزم اجتماع المالكين فى ملك واحد و من وجود ملك المشترى الاصيل عدمه و من وجود ملك المالك عدمه فانّ مالكية المشترى يقتضى صحة اجازة المالك و صحة

اجازة المالك تقتضى عدم ملكيّة المشترى فملكيّة المشترى تقتضى عدمه وكك صحة الاجازة تقتضى وجود ملكيّة المشترى الاول فهو يقتضى عدم صحة الاجازة فصحّة الاجازة تقتضى عدم صحتها فلابدّ امّا من القول ببطلان البيع الفضولى بالكليّة او بطلان القول بالكشف ٠

وقد اجاب عن ذلك الاشكال التسترى بالالتزام بالملك الصورى بدعوى انّه يكفى فى الاجازة ملك المالك ظاهرا وهو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لانّها الحقيقة رفع اليد واسقاط للحق ولا يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى لكونه بيعا وهو يقتضى الملكية الحقيقية فلا يمكن ذلك بالاستصحاب ٠

واجاب المصنف عن هذا الجواب بوجوبه كلّها صحيحة ٠

الاول انّ الاستصحاب انّما يثبت الملك الظاهرى للمالك الظاهرى فتنفذ اجازته ما لم ينكشف الحال وبعد انكشاف الواقع وعلم انّه ليس بمالك فلا تكون اجازته نافذة بل لابدّ فى صحتها من كونها صادرة من المالك الواقعى كالبيع فانّهما من اثارالمالك الواقعى دون المالك الظاهرى ومن هنا لو تبيّن فى مقام اخركون المجيزغير المالك لم تنفع اجازته لانّ المالكية من الشرائط الواقعية دون العلميّة ٠

الثانى انّه لاوجه للفرق بين صورتى الاجازة والعقد بان يلتزم بكفاية الملك الصورى فى الاول وبعدم كفايته فى الثانى بل هما من واد واحد فلا يترتبان الا على الملك الواقعى والمالك الواقعى كما عرفت ولا ينقضى تعجبى منه فى وجه الفرق فانه كيف حكم بانّ الاجازة اسقاط للحق ورفع اليد عنه مع انّه لايعقل رفع اليد عنه الا مع ثبوت الحق فيما لم يثبت الحق كيف يمكن رفع اليد عنه ثم ٠

قال شيخنا الانصارى والتحقيق انّ الاشكال ناشئ من القول بالكاشفية على مسلك المشهور من القول بكون الاجازة شرطا متأخراً يوءثر فى سببية العقد المتقدم واما على القول بالكشف الحكمى فينزل بالاجازة غير المالك منزلة المالك فى زمان العقد وهذا لاينافى مع كون الملك باقيا تحت ملك مالكه الاول حقيقة ·

وهكذا الكلام فى الكشف بالمعنى الذى ذكرناه فانه عليه ينكشف بالاجازة كون المشترى مالكا حقيقة من حين العقد ولكن من زمان الاجازة بحيث يحكم بترتب اثار الملك عليه حين الاجازة من زمان العقد فهو نتيجة الكشف الحكمى والظاهر من كلامه هذا انّه التزم بالاشكال على الكشف الحقيقى وكك الظاهر من شيخنا الاستاذ انه ايضا التزم بالاشكال ولذا سلك مسلكا آخر وقال انّ اجتماع المالكين فى ملك واحد انّما يستحيل فى المكية العرضية لافى الملكية الطولية فقد ورد نظيره فى الشريعة كمالكية العبد فانّها فى طول مالكية المولى فانّ المولى مالك له ولما فى يده وفى طول ذلك فهومالك لما فى تحت يده وفى المقام انّ مالكيّة المشترى فى طول مالكية المالك فاذا اجاز المالك البيع فيكون مالكية المشترى فى طول ذلك فلا محذور فيه ·

وفيه : انّ الطولية فى الملكيّة انّما تكون متصوّرة اذا كان الثانى من شئون الاول ومن فروعه والا فلا نعقل لذلك معنى صحيحا ونظير ذلك ما ورد فى الشرع من المثال المتقدم من ملكية العبد فانّ ملكيته من شئون ملكية المولى فعلى القول بكون العبد مالكا فيكون ذلك فى طول مالكية المولى له ولما فى يده ومن

شئون ذلك كونه مالكا لما فى يده وكك نظيره فى الملكيّة التكوينية نظير مالكية الخالق جميع الموجودات ومن شئون ذلك مالكية العباد اموالهم بالملكية الاعتبارية ومن هذا القبيل مالكية القائم مقام و سلطنته للبلد ومالكية المتصرف لها ولغيرها فانّ الاول فى طول الثانى وهكذا ما فوق المتصرف الى ان يصل الى الملك فانه سلطان جميعهم وفى جميع ذلك المالكية الواقعة فى طول المالكية الاولى ليس الا من شئون الاولى لا انّها ملكيّتان مستقلتان ومالكيتهما مالكية مستقلة ٠

وهذا بخلاف المقام فانّ مالكية المشترى وان كانت فى طول مالكية المجيز الا انّ ذلك طوليّة العليّة والمعلول وان ملكية المشترى معلولة لملكية المجيز والا لم تحدث الاجازة ملكية للمشترى مثلا بل تكون كاجازة سائر الاجانب اجنبية عن العقد وليس ملكية المشترى من شئون ملكية المجيز بنحو بل كل منهما ملكية مستقلة فمقتض ذلك كون اثر كل منهما مترتبا عليها واذا مات كل منهما ينتقل ملكيته الى الوارث ولكلّ منهما التصرف فى ذلك المال كيف يشاء و هكذا وهكذا فيعود الاشكال الى حاله على النحو الذى عرفت ومن العجائب ما ذهب اليه شيخنا الاستاذ من قيام الورثة مكان المورّث ووجه العجب انّه وان كان فرض ذلك ممكنا وغير محتاج الى مئونة بحيث تكون بذلك الفرض اجازة الورثة اجازة للبيع من حين العقد ولكنه لادليل عليه وانّما الدليل على انّ ما تركه الميّت فلو ارثه و الذى ينبغى ان يقال انّ المجيز مالك فى حال الاجازة لولا اجازته بمعنى انّ اجازة كل احد لاتكون موءثرة فى العقد الفضولى حتى

الاجانب بل انّما تكون الموثرفيه اجازة المالك اى الذى لو لم يجز كان مالكا فهو مالك لولائى فى حال الاجازة لا انّه مالك حقيقة ليلزم المحذور فشرط المجيز ليس ان يكون عند اجازته مالكا حقيقة بل على تقديرعدم الاجازة فالى زمان الاجازة هو مالك حقيقة فبالاجازة ـ نكشف عن حصول الملكية من زمان العقد حقيقة ٠

و بعبارة اخرى : تارة نتكلم فى مقام الاثبات و وجود المقتضى و الدليل على ذلك فقد تقدم انّه لا دليل على الكشف بمعنى المشهور و اخرى نتكلم فى امكان ذلك و فى مقام الثبوت فتصويره على النحو الذى ذكرنا بمكان من الامكان كما هو واضح فلو ورد الدليل على ذلك لاوجه لحمله على الاستحالة و الرّد من هذه الجهة بل ناخذه و نبنى عليه لتماميته ثبوتا و اثباتا ٠

الاشكال الخامس : انّه اذا كانت الاجازة المتاخرة كاشفة عن صحة العقد الاوّل فيكون المال ملكا للمشترى الاوّل فح اذا وقع عليه العقد الثانى فيكون واقعا على ملك المشترى فيكون فضوليّا فيتوقف على اجازته كما لو ورد على المبيع بيوع متعددة فاجاز المالك البيع الاوّل فانّ صحة البيوع المتاخرة تتوقف على اجازة المشترى الاوّل وعلى هذا فيلزم توقّف صحة اجازة المجيز على اجازة المشترى للبيع الثانى فانّه ما لم يجز المشترى البيع الثانى لا يتحقق موضوع لاجازة المجيز فانّ الفرض ان المبيع ملك للمشترى و صحة اجازة المشترى متوقفة على اجازة المجيز لاصل البيع فانّه بدون ذلك لا تحصل الملكية للمشترى اصلا اذن فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين على الاخرى ٠

وايضا يلزم ان تتوقّف صحة العقد الثانى واجازة العقد الاوّل على اجازة المشترى الاصيل كما هو واضح وهذا من الاعاجيب فانّ ذلك يستلزم عدم تملك المالك الاصيل شيئا من الثمن والمثمن وتملك المشترى الاول المبيع بلا عوض ان اتحد الثمنان ودون تمامه ان زاد الاول ومع زيادة ان نقص لانكشاف وقوعه فالثمن له وقد كان المبيع له ايضا بما تدله من الثمن مثلا وتوضيح ذلك اما العقد الاول فتوقفه على اجازة المشترى بالواسطة فانّه يتوقف على اجازة البايع المتوقفة على البيع الثانى المتوقف على اجازة المشترى وهكذا يلزم عدم تملك المالك الاصيل شيئا من الثمن والمثمن امّا الثمن فلانّ المبيع ملك للمشترى فالبايع الفضولى يشترى منه حقيقة فلابدّ من ان يسلّمه الى المشترى واما المثمن فلانّه بالبيع الاول تملّكه المشترى وهكذا يلزم تملك المشترى المبيع بلا ثمن لو اتحد الثمنان كما لو باعه الفضولى بعشرة ثم اشتراه بهذا المقدار من الاصيل فيجب عليه ردّه الى المشترى ويلزم تملكه لمقدار من المبيع مجاناً لو زاد ثمن الاول كما لو اشتراه بعشرة واشتراه البايع من الاصيل بخمسة ويلزم تملكه تمام المبيع مجانا مع الزيادة لو نقص ثمن الاوّل كما لو اشتراه بخمسة واشترى البايع من الاصيل بعشرة ثم ان تلك الوجوه مذكورة فى الايضاح وجامع المقاصد ٠

الاشكال السادس : انّ بيع الاصيل ما له من البايع الفضولى رد عملى لبطلان البيع الاول فيكون باطلا غير قابل للاجازة٠

وفيه قد تقدم انّه على تقدير كون الرد موجبا لاسقاط العقد فى القابلية فهو امّا بدليل السلطنة وفيه انّه يقتضى اسقاط العقد

الاول عن القابليّة فيكون موجبا لاسقاطه عن القابليّة فى ما له مادام ماله فاذا كان مالا لشخص آخر فهو ليس مسلطا عليه

واما بالاجماع فالمتيقن منه انّ المالك له حق الرّد من ماله لامن مال شخص اخر فالمبيع وان تعلّق به ذلك العقد وردّه مالكه ولكن بعد ما خرج فى ملكه فلا نعلم تاثير رده عن البيع حتى اذا كان مال شخص اخر ايضا فلا ندرى كون ذلك داخلا فى معقد الاجماع على تقدير تحققه .

الاشكال السابع : على بطلان بيع مال الغير لنفسه الاخبار الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عندك .

فهى على ثلثة طوائف الاولى ما دلّ على ذلك مطلقا فى الاعيان الشخصية والبيع الكلّى فتكون ظاهرة فى بطلان بيع ما ليس عنده مطلقا كقوله (ع) لاتبع ما ليس عندك وامثال ذلك .

الثانية ما يكون ظاهراً فى حرمة بيع الاعيان الشخصية التى ليست عنده كروايتى ابنى الحجاج فى بيع الدابة فانها ظاهرة بل صريحة فى بطلان البيع الشخصى الذى ليس عنده وهذا يظهر من رواتين آخرتيين الّتين تدلان على عدم جواز بيع المتاع الذى ليس عنده فانّ الظاهر من قول السائل اشترلى متاعا ليس معناه المتاع الكلّى الشامل لكل شئ لانه لايكون محطّ نظر بل المتاع الشخصى فيكون قوله (ع) بعدم الجواز اذا باع ذلك المتاع عليه قبل الشرى ظاهرا فى بطلان المعاملة على العين الخارجية التى ليست عنده .

الثالثة ما يكون ظاهرا فى البيع الكلّى مثل ما دلّ على عدم جواز بيع الحرير قبل الشرى فانّ الظاهر من الحرير هو الكلى .

اما الطائفة الثالثة فلابدّ من رفع اليد عنها اما بحملها على الكراهة اوعلى التقيّة اذ لاشبهة فى جواز البيع الكلى فى الذمّة عندنا على ما نطقت به الروايات ومن هنا نقض الامام (ع) على - العامة القائلين بعدم جواز بيع الكلّى للاخبار الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عندك ببيع السلم لكونه ايضا بيعا كليّا فلابدّ من حمل ذلك على التقية لقولهم بذلك اوعلى الكراهة واما المطلقات فلابدّ ايضا من تقييدها ان قيل بكونها مطلقة او بتخصيصها ان قلنا بكونها عامة بما يدلّ على جواز البيع الكلّى فى الذمّة و عدم كونه من بيع ما ليس عنده فتخصّص تلك المطلقات او العمومات بالاعيان الشخصية اذن فيقع الكلام فى بيع الاعيان الشخصية التى ليست عند المالك فنقول بناء على دلالة النهى فى المعاملات على الفساد و كونها ارشادة الى بطلانها فهل تلك المطلقات او العمومات بعد التقييد او التخصيص مع تلك الاخبار الخاصة اى الطائفة الثانية تدل على بطلان بيع ما ليس عنده من الاعيان الشخصية ام لا ليكون مانحن فيه معلوما من ذلك لكونه من صغرياته ٠

ومن هنا يعلم انّ حمل تلك الاخبار باجمعها على التقية او الكراهة لاوجه له وقد ناقش فيها المصنف بدعوى انها لاتنفى الصحة الفعلية للبيع ليكون فاسدا بل هى بصدد بيان عدم ترتب الاثار عليه قبل الاخذ والاعطا واذن فلا يكون فاسدا وغير قابل للاجازة المستقبلة ٠

وفيه انّ ظهور ما يصدر من غير المالك من البيع فهو فاسد وتأويلها بارادة نفى الاثار خلاف الظاهر خصوصا صحيحة خالد بن

الحجاج حيث دلّت على عدم الباس اذا لم يكن التزام و التزام من قبل الشرى و بمفهومها على وجود الباس اذا كان الالتزام البيعى قبل الشرى ٠

و بعبارة اخرى : انّها تدل على وجود الباس فى ذلك البيع عند استناده الى البايع و صحته بعد ذلك يحتاج الى دليل فتحصل انّ الالزام و الالتزام قبل الشرى من المتبايعين غير لازم من المتعاملين بمعنى انّه فاسد لايترتب عليه اثر و الا فمعاملة الفضولين ايضا غير لازم قبل الاجازة لانّ العمومات تشمل عليها من زمان الاجازة فلا تشملها قبلها و مما يؤئد عدم صحة البيع لنفسه رواية الحسن بن زياد الطائر الدالة على تجديد نكاح العبد كونه معتقا على تقدير عدم اجازة المولى ذلك العقد و جهة عدم جعلها دليلا ما ذكرناه سابقا من خروج امثال هذه الروايات عن البيع الفضولى والبيع لنفسه

لايقال انّه على هذا فتلك الاخبار شاملة لبيع الفضولى ايضا لكونه ايضا من بيع ما لايملك فيكون البيع الفضولى باطلا لذلك ٠

فانّه يقال لايقاس المقام ببيع الفضولى اذ عرفت انّ زمان البيع من زمان الاجازة فبها يستند البيع الى المالك فيكون مشمولا للعمومات و قبل زمان الاجازة لم يكن الا صورة البيع و اجراء العقد من المتعاقدين القابل لايكون بيعا بالاجازة وكانت له صحة تاهلية لاصحة فعلية بحيث قبل زمان الاجازة لم يكن هنا بيع حقيقة و بالاجازة صار بيعا حقيقة وح فهو من بيع ما يملك لا من بيع ما لايملك و هذا بخلاف ما نحن فيه فانّ بايع مال الغير لنفسه من الاول باع لنفسه و اسند البيع الى شخصه فلو صح فهو بيع من الاول و ليس كبيع الفضولى

ليكون بيعاً من زمان الاجازة اذا فقياس المقام بالبيع الفضولى فاسد من اصله ٠

وقد تحصل من مطاوى ما ذكرنا انّ الاخبار المشاراليهاتدل على بطلان بيع ما له الغير لنفسه لكونه ايجابا و استيجابا من غير المالك ٠

ثمّ انّ صور المسئلة ثلثة الاولى بيع مال الغير لنفسه منجزّا الثانى بيعه معلقا بان يكون البيع على تقديران يكون مالكا امّا بالاختيار او بالقهر الثالث ان يكون لزومه معلقا على التملك بان يجعل للمشترى الخيار اذا لم يملكه فالمتيقن من مورد الروايات هى الصورة الاولى بعد ما كان كلامنا فى البيع الشخصى دون الكلى كما انّه مورد تعليل العلامة من كونه غرريا وعدم قدرة البايع على التسليم فيكون باطلا عن هاتين الجهين ٠

و من هنا يحكم العلامة الانصارى (ره) بصحة الصورتين الاخيرتين فى موردها بدعوى انصرافها الى عدم وقوع ذلك البيع للبايع وليس لها تعرّض الى جهة اجازة المالك ٠

وفيه انّ المتيقن من موردها وان كان ذلك وكك هو مورد تعليل العلامة الا انّ اطلاقها يشمل الصورتين الاخيرتين فلا وجه لدعوى الانصراف عنهما فانّ مقتضى التعليل فى قوله ع فى رواية ابن المسلم وليس به باس انّما يشتريه منه بعد ما يملكه وكك مقتضى الاطلاق فى قوله ع اليس ان شاء ترك وان شاء اخذ فى رواية خالد وكك قوله لاتوجبها قبل ان تستوجبها وغيرها من الروايات ظاهرة فى بطلان البيع لنفسه بجميع اقسامه سواء كان منجزّا او معلقا تعليقا من جهة البيع او من جهة اللزوم وكون فرد متيقن الارادة من

الدليل لا يوجب الانصراف و لا يقاس ذلك بيع الغاصب لنفسه كماعرفت سابقا للفرق الواضح بينه و بين ما نحن فيه ٠

المسئلة الثانية ان يبيع للمالك و يشترى ذلك من المالك قبل اجازته فهل يجوز له اجازة ذلك البيع لنفسه ام لا و قد حكم العلامة الانصارى بصحّة ذلك ايضا فخروجه عن مورد الاخبار فيكون مشمولا للعمومات فيحكم بصحته فيكون عكس مسئلة بيع الغاصب لنفسه ثمّ يجيزه المالك فكما انّه صحيح وكك هذا ٠

و فيه اوّلا انّه و ان لم يكن من بيع البايع لنفسه باقسامه المتقدمة فانّ الفرض انّه باع للمالك ثم انتقل الى ملكه بناقل الا انّه كما لابدّ و ان يكون البيع فى ملك فلابدّ فى صحة الاشترى ايضا ان يشترى من المالك ليكون صحيحا فانّ مقتضى التعليل انّما يشتريه منه بعد ما يملكه هو بطلان الشرى قبل الاشتراء فلابدّ فى صحة اشتراء المشترى من ان يكون البايع مالكا او اشترى قبل بيعه بحيث يكون اشتراء المشترى اشتراء من المالك و الا فيبطل الشرى فانه لم يقع من المالك حين العقد و حين الاجازة لم يكن شراء ليكون من المالك

و بعبارة اخرى : انّ بعض الاخبار و ان لم يكن شاملا لمانحن فيه كالروايات و العمومات الدالة على بطلان بيع البايع ماليس عنده فانّ المفروض انّ هذا الشخص لم يبع لنفسه ليكون بيعه هذامشمولا لها و لكن فى بعضها الآخرغنى وكفاية فانّ مفهوم التعليل بطلان الشرى من غير المالك فهذالشرى قبل ان ينتقل المال الى البايع شراء من غير المالك و بعد ما انتقل الى البايع لم يتحقق هنا شراء ليكون شراء من المالك و يكون صحيحا باجازة البايع و بعبارة اخرى

انّ المتحصل ولو من بعض الروايات هو لزوم كون البايع الذى يستند اليه البيع و تشمله العمومات و يحكم بلزومه ان يكون مالكا حال العقد والا فلا يمكن استناد البيع اليه بالاجازة لعدم ربط الواقع الى المجيز بوجه و ما هو مربوطا بالمجيز غير الواقع فكيف يحكم بصحته وثانيا انّه على تقدير عدم شمول الروايات بالمقام فيكون باطلا بحسب القواعد فانّ البيع و ان كان عبارة عن مبادلة مال بمال و ليست الخصوصيات المالكية دخيلة فى صحته بان يكون المالك هذا الشخص المعين او ذاك الشخص المعيّن الا انّه فيما اذا كان النظر الى كلى المالك وكون المبادلة بين مالى كلّى المالك فانّه ح لا يلزم معرفة شخصى المالك بل يكفى حصول التبديل بين المالين فى ملك المالك الكلّى و طبيعى المالك و امّا اذا كان شخص المالك موردا للنظر بحيث يكون التبديل فى مال الشخص المعيّن فح لا بدّ و ان يكون اضافة باقية الى حين الاجازة و الا فيكون المقصود الذى وقع على طبقه العقد غير مجاز و المجاز غير مقصود و بعبارة اخرى لا بدّ و ان تكون الاضافة المالكية التى حصل التبادل على تلك الاضافة حين العقد محفوظة حال الاجازة و فى المقام ليس كك فانّ التبادل بين المالين حين العقد حصل على الاضافة التى بين المالك و المشترى وخرج العوض من ملكيّة المشترى و دخل تحت اضافة المالك و المعوض خرج من المالك و دخل تحت اضافة المشترى و تلك الحالة غير باقية حال الاجازة فانّ اضافة العين الى المالك قد انقطع و انّما تعلّق بها الاضافة المالكية من البايع فهى غير الاضافة حال العقد التى كان التبادل عليها اذن فما وقع غير مجاز و ما اجيز غير الواقع و بعبارة

اخرى لابدّ وان يكون المجيز مالكا حال العقد والا يلزم ان المقصود غير مجاز والمجاز غير مقصود لان تبديل مال بمال تحقق فى الاضافة المالكية الواقعة بين المال ومالكه الاولى وبين الثمن وتلك الاضافة التى كان التبديل واقعا عليها قد انقطعت الى حين الاجازة لتبديل المالك فينقطع التبديل الواقع عليها فانّها بالنسبة االى التبديل كالموضوع بالنسبة الى الحكم فمع انتفاء الموضوع لامجال للحكم وعلى هذا فكيف يمكن تصحيح مثل هذا البيع ولايقاس ذلك ببيع الغاصب ومن هنا ظهرعدم تصحيح البيع فى المسئلة الثالثة ايضا فهى ما يكون الشراء لاجنبى باعتقاد انّه مالك وتحقق القصد لاجل هذا۔ الاعتقاد بحقيقة البيع فانّه ايضا ليس بصحيح اوّلا لشمول بعض تلك الاخبارعليه ولولم يكن من قبيل بيع المالك لنفسه وثانيا من جهة عدم بقاء الاضافة التى كانت موضوعا للتبديل ومحلا له وارتفاعه بتبديل المالك كما عرفت ولايقاس هذه المسئلة ولا المسئلة السابقة ببيع الغاصب مال المغصوب منه لنفسه كما قاسه عليه المصنف بدعوى اتحاد المثال بين المسئلين وان كانا متعاكسين فانّ الصحة فى بيع الغاصب على حسب القواعد اذاالغاصب يبيع المغصوب للمالك تحصل المبادلة بين المالين فى جهة الاضافة المالكية وتحقق حقيقة المعاوضة التى عبارة عن المبادلة بين المالين مع دخالة وجود طبيعى المالك فيها لتحقيق حقيقة التبادل فى جهة الاضافة غاية الامر انّه يجعل نفسه بحسب الادعاء والعناية مالكا كالمجاز على مسلك السكاكى فحقيقة البيع محقق حقيقة ولا كذب فيها وانّما الكذب فى جعل نفسه مصداقا للمالكية فهو امر لا واقع له وعلى هذا

فاجازة المالك بيع الغاصب توجب صحته وكونه له دون اجازة البايع البيع الذى اوقعه للمالك ثم اشترى المال منه لنفسه فانّ فى الاوّل كان الواقع مجازا و المجاز واقعا كما عرفت بخلاف ما نحن فيه فانّ الواقع غير المجاز و المجاز غير الواقع فانّ الاضافة التى كان تبديل المالين فيها قد ارتفع فلم يبق الامر الواقع حين الاجازة و الاضافة التى حدثت حين الاجازة لم يقع تبديل المالين فيها ليكون مورد اللاجازة وعلى تقدير وقوعه غير التبديل الذى كان حين العقد فانك عرفت انّه ارتفع بارتفاع موضوعه اعنى الاضافة المالكية بين المالك الاول و المال ولعل الى هذا اشار المصنف بالامر بالتامّل ولا يفرق فى ما ذكرنا من عدم صحة البيع اذا كان المالك المجيز غير المالك حال العقد بين ان يكون مالكيّة المجيز و تجدّد ملكه بالقهر او بالاختيار فانّ فى جميع هذة الصور لاوجه لصحة مثل هذا البيع و ما عن شيخنا الاستاذ من تصحيح ذلك فى صورة الارث لقيام الوارث مقام المورث فلا وجه له فانّه بحسب الفرض ممكن ولكن لا يكفى مجرّد الفرض فى صحته بل لابدّ من قيام الدليل على ذلك وليس لنا ما يدل على انّ الوارث يقوم مقام المورّث بحيث اذا اجاز العقد فيصح من حين العقد بل الدليل دلّ على انتقال مال الميت الى الورثة واما قيامه مقامه بكونه وجودا تنزيليّا للمورّث فلا دليل عليه و من جميع ما ذكرنا حكم الصورة الرابعة ايضا فهو ان يبيع المال لمالك و انتقل منه الى آخر بنواقل قهريه او اختيارية ٠

قوله ثم انّه قد ظهر مما ذكرنا فى المسئلة المذكوره حال المسئلة الاخرى و هى ما لو لم تجز المالك بعد تملكه اقول لوقلنا بالبطلان

فى المسئلة المتقدمة ففى هذه المسئلة نقول بالبطلان بطريق اولى فانّه اذا لم يكن وجه لصحة بيع مال الغير لنفسه مع اجازته ذلك البيع فيكون فيما لا يجيز باطلا بالاولوية و انما الكلام فيما لوقلنا بالصحة فى المسائل المتقدمة فهل يمكن الحكم بالصحة هنا بان نقول بصحة البيع بدون الاجازة فانّه كان بايعا لنفسه فقد حصل له الملك فيكون كما باعه لنفسه من الاول اولا بل لابدّ من ان نقول بالبطلان هنا ولو قلنا بالصحة فى المسئلة السابقة وقد اختار المصنف البطلان وانّ البيع الأول باطل للاخبار المتقدمة ولدليل السلطنة فانّ الحكم بكون هذا المال لغيره بدون بيع و اجازة خلاف السلطنة و خلاف عدم جواز التصرف فى مال الغير الا بطيب نفسه و هو الصحيح عندنا ايضا فانّ البايع الذى باع مال غيره لنفسه و التزم به فى الحين الذى انشأ العقد لم يكن مالكا ليتم التزامه و فى الحين الذى ملك لم يلتزم بالبيع فيكون الحكم بصحة البيع وكون المال للمشترى بدون اجازة منه على خلاف السلطنة فيحكم بالبطلان و ليس لنا طريق الى الحكم بصحة ذلك الا ما ربّما يتوهم من شمول عموم الوفاء بالعقد عليه حين الانشاء فالعاقد ممّن شمل عليه ذلك الدليل و انّما خرج عنه زمان عدم كونه مالكا فتبقى البقية تحت الدليل و اجيب عن ذلك بانّ المقام من موارد استصحاب حكم الخاص دون مقام التمسك بالعموم فانّ البايع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام و التحقيق انه ليس المقام مقام جريان العموم فضلا عن النزاع من الرجوع الى حكم العام او الخاص فانّ محط هذا النزاع فيما يكون المورد مشمولا للعمومات ثم

خصصّت فى زمان فنشك فى زمان آخر فى دخوله تحت العام او يستصحب حكم الخاص كتخصيص عمومات جواز وطى المراة بما يدلّ على التحريم فى حال الحيض و نشك فى جوازه بعد الطهر و قبل الاغتسال فيقع النزاع هنا من انّه نعمل بالعام و نجرى حكمه عليه لانّ المتيقن من الخارج هو زمان الحيض فيبقى الباقى تحته او نستصحب حكم الخاص و اما فيما لاتشمل عليه العمومات من الاول فلا وجه لهذا النزاع مثلا لو ورد اكرم العلماء فتكون غير العلماء خارجاعنه تخصّصا ثم شككنا فى انّ ذلك الفرد الخارج بالتخصص هل يكون داخلا تحته حين الشك او نستصحب فيه حكم المخصّص و مقامنا من قبيل الثانى فانّ البايع حين ما باع مال الغير لنفسه لم يتم التزامه البيعى ليشمل عموم الوفاء بالعقد فلا يكون بايعا حقيقة و حينما ملك المبيع لم يلتزم بالبيع ففى الزمان الذى مالك ليس له التزام و فى الزمان الذى له التزام فليس بمالك ففى اىّ نقطة شمل اوفوا بالعقود نشك فى بقاء حكمه او حكم الخاص فى نقطة اخرى لنرجع الى النزاع المعروف من انّ المقام من موارد اجراء حكم العام على المشكوك او استصحاب حكم المخصّص لوكان ذلك مثل بيع المكره بان كان الخارج عنه زمان الاكراه لكان لاجراء النزاع المعروف هنا وجها و لعل الى ذلك اشار المصنف بالامر بالتامل ٠

و ثانيا على تقدير التمسك بدليل الوفاء بالعقد و كونه شاملا عليه و انما الخارج عنه زمان عدم التملك فنتمسك به فى الباقى نظير شموله بالبيع المكره و انّما الخارج عنه زمان الاكراه فيكون الباقى داخلا تحت العام و لكن يكون آية التجارة مقيدة لها حيث انّ اللّه تعالى

قد حصر فيها جواز اكل مال الغير بالتجارة عن تراض و أن غيرها ـ باطل و من اكل المال بالباطل و ما نحن فيه ليس تجارة عن تراض حيث انّ البايع و ان كان بايعا لنفسه لكن كان بايعا مال الغير لنفسه و انّما هو ملك بعد ذلك فليس ببايع فيكون اخذ ماله هذا بالبيع السابق اكلا له بالباطل فيكون ذلك البيع الاول باطلا حتى مع شمول دليل الوفاء عليه ايضا .

و ثالثا لو سلمنا عدم كون آية التجارة مقيدة لدليل الوفاء ولكن تكفينا الروايات الواردة فى المقام من عدم جواز بيع مال الغير و ما ليس عنده فالبايع و ان باع مال غيره لنفسه ثم ملكه و لكن كان بيعه الاول باطلا لكونه بيعا بما ليس عنده و ايجابا و استيجابا قبل التملّك فهو غير جائز نعم لو باع مال الغير لنفسه بعنوان التعليق بان انشاء البيع فى الحال وكان المنشا فى المستقبل نظير الوصيّة و اغمضنا النظر عن بطلان التعليق بالاجماع و اغمضنا النظر عن الروايات الواردة فى المقام لتوجه التمسك بدليل الوفاء بالعقد هنا كما تقدمت الاشارة الى هذا القسم عند الدخول بهذه المسائل و من عجائب شيخنا الاستاذ انّه التزم بصحة هذه المسئلة وقال لاوجه للتفصيل فى ذلك بين ما يبيع لنفسه ثم ملكه فاجاز البيع و بين ما ملكه ولم يجز ففى كلا الصورتين نحكم بالفساد وافاد فى وجه الصحة هنا بانّ الاجازة انّما نحتاج اليها لامرين الاول من جهة اعتبار الرضا فى البيع بمقتضى آية التجارة و الثانى من جهة استناد البيع الى المجيز فكلا الامرين متحقق هنا فان الفرض انّه باع لنفسه و الفرض انّه راض بذلك ايضا فيكون صحيحا و فيه انّ هذا يعد من عجائب شيخنا الاستاذ فانّ ـ

بايع مال الغير لنفسه انّما هو رضى و اسند البيع لنفسه فى بيع مال الغير فهو راض به و اسند ذلك البيع الى نفسه و اما بعد تملكه ذلك المال فلم يوقع عليه البيع حتى ينازع فيه بانّه اسند الى نفسه ام لا فما اسنده الى نفسه و رضى به لم يتعلق بماله و ما هو ماله لم يوقع عليه البيع بوجه فما ذكره بلا وجه و قد تحصل الى هنا حكم المسئلتين ٠

قوله المسئلة الثالثة : لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف

اقول لو باع مال الغير باعتقاد انّه غير جايز التصرف اما بتخيل او باستصحاب او نحو ذلك فالجامع اعتقاد انه غير مالك فباع ثم بان انّه جائز التصرف فهذه على اربعة صور كما اشار اليها فى المتن فان البايع هذا اما يعتقد عدم جواز تصرّفه لعدم ولايته فانكشف كونه وليّا للمالك واما لعدم الملك وكونه مالكا فانكشف انّه مالك وعلى كل تقدير فامّا ان يبيع عن المالك و امّا ان يبيع لنفسه فالصور اربع ٠

الصورة الاولى : ما اذا باع للمالك باعتقاد انّه غير جائز التصرف فبان انّه جائز التصرف لكونه وليّا للمالك او ممن كان امره فى يده فهل يحكم بصحة ذلك البيع ام لا ٠

الظاهر كونه صحيحا فانّ الفرض انّ البيع لا قصور فيه لكونه صادرا ممّن لابدّ وان يصدر منه غاية الامر انّه كان ناسيا للاذن السابق وكونه وكيلا عن المالك او عن كونه وليّا او غفل عن ذلك فهذا لا يوجب البطلان فهل يكون الاذن السابق ادنى من الاجازة اللاحقه ٠

وكذلك كونه وليّا فى الواقع لا يكون ادنى من الاذن السابق فهل يتوهم احد فى انّه لو باع شخص مال غيره فضولا ثم ـ

واصل اليه الكتاب وكان مكتوبا فيه بع المال قبل ان يبيع ما له فضولا فيكون باطلا بل لايحتمل ذلك ومقامنا نظير ذلك فانّ اعتقاد عدم كونه جائز التصرّف لاموضوعية له لبطلان العقد كما لا يخفى بل العقد صدر واقعا ممّن لابدّ وان يصدر منه ووقع فى محله فلا وجه لتوهّم البطلان بوجه ·

بل لو قلنا ببطلان المعاملة الفضولية لانقول بالبطلان هنا فانّه كما اشار اليه المصنف صدر العقد هنا من اهله واقعا غاية الامر انّ العاقد لم يلتفت بذلك فهل يوجب عدم التفاته الى ذلك كونه اخص من البيع الفضولى نعم لابدّ وان الاذن موجودا فى الخارج بان يكون مبرزا فانّه لايكفى فى صحة البيع الرضا الباطنى للمالك ما لم يظهر بمظهر فى الخارج وقد تقدم ذلك عند الدخول ببحث الفضولى بل لانحتمل من ان يقول احد بالبطلان الا عن القاضى حيث قال انّه لو اذن السيد لعبده فى التجارة فهو باع واشترى وهو لايعلم باذن سيده ولا علم به احد لم يكن ماذون فى التجارة ولايجوز شئ ممّا فعله فان علم بعد ذلك واشترى وباع جازمافعله بعد الاذن ولم يجز ما فعله قبل ذلك فان امر السيد قوما ان يعاملوا العبد والعبد لايعلم باذنه له كان بيعه وشرائه منهم جائزاً وجرى ذلك مجرى الاذن ·

وقد ظهر بطلانه ممّا ذكرنا فانّ وصول الاذن اليه وعدمه لا موضوعية فيه وانّما المناط اصل وجود الاذن واقعا بل تقدم سابقا انّه يكفى فى نفوذ معاملة العبد بالتجارة للغير نفس رضى الباطنى للمولى وان لم يبرزه فى الخارج فانّا وان قلنا فى اول الدخول

بالبيع الفضولی انّه لايكفی فيه الرضا الباطنی ولكنه غير مربوط ـ بمعاملة العبد كما تقدم سابقا فانّ معاملته صحيح من جميع الجهات حتی من جهة الاستناد وانّما المانع من نفوذها عصيان السيّد فقط وهو يرتفع برضا الباطنی وان لم يكن مبرزا فی الخارج .

قوله الثانية : ان يبيع لنفسه فانكشف كونه وليّا .

اقول المسئلة الثانية اذا يبيع مال الغير لنفسه باعتقاد انّه غير جائز التصرف فانكشف كونه وليّا فالظاهر هنا ايضا صحة البيع وفاقا للمصنف وذلك لما عرفت ان حقيقة البيع عبارة عن مبادلة مال بمال فقد تحققت مع جميع ما فيها من الشرائط غاية الامر انّه قد انضمّ اليه قيد كون البيع لنفسه فيكون لغوا والوجه فی ذلك انّ البايع ماذون فی البيع والشری وغيرهما من التصرّفات فی مال المولی عليه فانّ الفرض انّ الولی كك فلا يقصر ذلك الاذن عن الاذن اللاحق وعن الاذن الاخر الذی لايلتفت اليه الا فی جهة القصد وان يكون البيع واقعا لنفسه وقد مرّ مرارا انّ القصد لايوجب تغييرا فی حقيقة البيع بل هو بالنسبة اليها كالحجر فی جنب الانسان فبعد تحقق حقيقة البيع اعنی مبادلة المال بالمال وتحقق شرائط الآخر من الاذن من المالك او من قبل مالك الملوم فلا يضرّ بها ذلك القصد لوقوعه لغوا .

وربّما يقال باحتياجه ای ذلك البيع علی اجازة الولی البايع لنفسه غفلة كونه للمولی عليه بعد انكشاف الحال كما يميل اليه المصنف فانّه لم يقع بعنوان انّه للمولی عليه حتی لو قلنا بكون قصد كونه لنفسه لغوا بل لابدّ وان يكون البيع مستندا اليه بالاجازة والا فلايستند اليه فيكون باطلا اذ البايع ولو كان مجازا واقعا فی البيع الا ان ـ

البيع الذى هو مجاز فيه لم يقصده البايع فما اوجده وقصده انّما هو غير ما كان ماذنونا فيه فيتوقف صحة كونه عن المولى عليه على اجازة جديدة ·

وفيه انّه لاوجه لاحتياجه الى الاجازة بوجه لانّ قيد كونه لنفسه ان كان قيدا للبيع فبانكشاف الخلاف يكون باطلا لانتفاءالقيد المستلزم لانتفاء حقيقة البيع وان لم يكن قيدا فيكون لغوا فلا يضرّ بصحة البيع لكونه كالحجر فى جنب الانسان بالنسبة الى حقيقة البيع وعلى كل تقدير لانتصور وجها لاحتياج البيع الى الاجازة ولعل الى ذلك اشار المصنف بالامر بالتامل ·

قوله (ره) الثالثة : ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا ·

اقول المسئلة الثالثة : ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا وقد مثلوا لذلك بما لو باع مال ابيه بظن حيأته فبان ميتا فانّه ح يكون المال مال نفسه ويكون البيع عن نفسه فهل يصح هذاالبيع اولا يصح وعلى تقدير الصحة فهل يكون محتاجا الى الاجازة اويكون له الخيار فى ذلك بحيث له ان يفسخ اولا يفسخ فيكون بتركه الفسخ لازما وجوه والفرق بين كونه محتاجا الى الاجازة وبين كون المالك مخيّرا بين الفسخ والامضاء هو انّه لولم يجز المالك على تقدير الاحتياج الى الاجازة فيكون البيع باطلا وامّا على تقدير كونه مخيّرا بين الفسخ والامضاء فالعقد صحيح ولكن للمالك حق الفسخ فقط ·

واما اصل البيع فالمشهور صحته بل ربّما يدعى الاجماع فى ذلك وفى المتن لم نعثر على مخالف صريح الا عن الشهيد فى قواعده حيث احتمل امكان البطلان وسبقاه العلامة وابنه لوجوه

لا يمكن المساعدة على شئ منها كما ذكر المصنف فى المتن ٠

واما الوجه فى صحة البيع فلما تقدم فى البيع لنفسه ان حقيقة البيع قد تحققت بجميع شرائطه وحقيقته التى عبارة عن مبادلة مال بمال فى طرف من الاضافة المالكية لمالك طبيعى وقصد كونه لنفسه كما فى المسئلة المتقدمة اوكونه لمالك كما فى هذه المسئلة امر زائد عن حقيقة البيع وغير مربوط بها بوجه فيكون لغوا فلا يضرّ بصحة البيع بوجه واما الوجوه التى اشار اليها العلامة فالاول انّ الابن قصد نقل المال عن الاب لا عن نفسه فما وقع اعنى كون البيع للابن فى الواقع لم يقصد فما قصد لم يقع فلم يقصد حقيقة البيع كما مرّ نظير ذلك الاشكال فى بيع الغاصب ٠

وفيه انه قد تقدم مراراً انّ القصد غير قادح لحقيقة البيع اذالم يضرّ بها ففى المقام وان قصد البايع كونه عن المالك وهو الاب الا ان قصده ذلك من جهة كون الاب مالكا فى اعتقاده لالخصوصية فى شخص الاب غاية الامر انّه اخطأ فى قصده وطبق المالك الى شخص آخر فلا يكون مضرّا ٠

الوجه الثانى ان هذا العقد باطلا من جهة التعليق فانّه و ان كان فى الصورة منجزا ولكنّه فى التقدير معلق فانّ التقدير ان مات مورثى فقد بعتك فيكون باطلا من جهة التعليق ٠

وفيه الظاهر انّه امر وقع من سهو القلم من العلامة (ره) فانّ التعليق انّما يتم لو باع لنفسه معلقا ذلك على موت الاب بحيث يكون ذلك متوقفا على موته وان التعليق فى صحة العقد و تكون متوقفة على موت الاب وان كان المنشأ كالانشاء امرا فعليّا لا امرا

استقبالیّا لیکون التعلیق فی المنشأ ·

و بعبارة اخری : هذا الذی ذکره فی الوجه الثانی مع الوجه الاول فی طرفی النقیض فانّ مقتض الوجه الاول انّ البیع عن الاب و لیس عن نفسه و مقتضی الوجه الثانی انّ البیع عن نفسه فلیس عن الاب فهذان لایجتمعان لکون مدلول احدهما متناقضا مع مدلول الآخر ·

اللهم الا ان یقال ان القصد الحقیقی الی النقل معلّق علی تلك الناقل و بدونه فالقصد صوری و قد تقدم نظیر ذلك من المسالك فی انّ الفضولی و المکره قاصدان الی اللفظ دون المعنی و مدلول اللفظ وقد تقدم عدم تمامیة ذلك و انّ الفضولی و المکره قاصدان للمدلول ایضا ولو بهذا القصد الصوری فهو یکفی فی صحة البیع الفضولی ·

الوجه الثالث : انّ البایع کالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده انّ المبیع لغیره ·

و فیه بعد ما قلنا بکونه کالفضولی قاصدا للمدلول ایضا فیکون ما یصدر منه البیع فیکون صحیحا فلا یکون فیه بحث بوجه من الوجوه و بالجملة فاصل صحة البیع ممّا لا اشکال فیه و لایعتنی بمثل تلك الوجوه فی الحکم بالبطلان کما لایخفی ·

و اما احتیاجه الی الاجازة فمما لاریب فیه لا لما ذکره المحقق الثانی فی جامع المقاصد من انه لم یقصد الی البیع الناقل للملك الان بل مع اجازة المالك لاندفاعه اوّلا بقوله الا ان یقال ان قصده الی اصل البیع کاف و ذلك لان حصول النقل حین العقد او بعد

اجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده او يضرّ قصد خلافه وانّما هو من الاحكام الشرعيّة المعارضة للعقود فلا يكون مأخوذا فى صحة العقد ٠

وثانيا ان هذا الدليل اخص من المدعى فانّه قد يتحقق القصد الى ذلك لوكان البايع لذلك اى بايع مال نفسه للغير باعتقاد انّه للغير وكيلا من قبله فباع ثم انكشف انّه مال نفسه فانّ القصد هنا متحقق الى اصل البيع الناقل للملك من دون احتياج الى قصده مع الاجازة المتاخرة ٠

وثالثا انّ هذا ينافى مذهب الكشف فكيف يرضى القائل به ان يقول البايع لايقصد نقل المال حين العقد بل الوجه فى الاحتياج الى الاجازة هو الذى اشار اليه المصنف من عموم تسلط الناس على اموالهم وعدم حلّها لغيرهم الا بطيب انفسهم وحرمة اكل المال الا بالتجارة فانّ الالتزام بصحة العقد بدون الاجازة مستلزم لعدم تسلط الناس على اموالهم وكونه حلالا لهم بغير طيب نفسهم وتوضيح ذلك فانّ مقتضى آية التجارة وقوله لايحلّ مال امرو مسلم الابطيب نفسه وان كان كفاية رضا المالك وطيب نفسه ولو مع اعتقاده بانّ المال لغيره بحيث يكون الرضا بذاته معتبرا ولكن بمناسبة الحكم والموضوع يستفاد منها ان ذات الرضا والطيب بما هو ليس موضوعا للحكم فانّ احترام ماله وتوقف التصرف فيه على اذنه يناسب ان يكون اذنه بما انه مالك دخيلا فى جواز التصرف ومعلوم ان الطيب باصل التبديل ليس طيبا بالتبديل المالكى نعم ما نزّل شيخنا ـ الاستاذ ذلك بما ان العمد باصل التكلم او العمد بالاكل ليس

عمدا بالتكلم فى الصلوة والاكل فى نهار شهر رمضان والامركك فانّ الانسان يتعمد الى اصل الفعل ولكن يغفل عن كونه فى الصلوة او الصوم ثمّ انّه يؤيد ذلك انّه لواعتق عبدا للغير بما انّه له فبان انّه لنفسه اوطلق امراة للغيرفبان انّها لنفسه له ينعتق العبد و لايطلق الزوجة وانّما جعلناهما مؤيدة من جهة انهما ازالة الملك والزوجية وكونهما عن المالك والزوجة من الجهات المقوّمة فعدم وقوعها من الغير من تلك الجهة فلا يقاس بالبيع وهذا المعنى هو منصرف عن اوفوا بالعقود واحلّ اللّه البيع فانّ الظاهر انّهما منصرفان الى وجوب الوفاء لكل شخص بعقده الذى اوقعه على ما له بحيث يكون البيع مستندا اليه لا الى شخص اخر فمعنى اوفوا بالعقود انّه يجب ان يفى كل شخص بعقد نفسه ومعنى احلّ اللّه البيع انّه حلّ بيع انفسكم وفى المقام ان البايع وان كان مالكا واقعاالا انّه باع الملك بعنوان انه مال الغيرليكون البيع بيعه ولم يبع بعنوان ماله ليكون البيع بيع نفسه وعقدا له فلايشمله اوفوا بالعقود والعمومات الاخر الا بالاجازة ليكون مستندا الى نفسه ويكون قابلا لشمول العمومات له ومن هنا ظهر فساد توهم ان المالك حيث انه المباشر للعقد فلا وجه لاعتبار الاجازة فيما يرجع الى تصرّف نفسه فى ماله فانّه و ان كان تصرّف فى ماله ولكنه بعنوان انّه مال الغير فلايكون البيع مستندآ اليه الا بالاجازة وقد اختار صاحب الجواهر تبعا لبعض آخر صحة هذا البيع وكونه خياريا وان للمالك فسخ ذلك وامضائه واستدل عليه بدليل نفى الضرر بدعوى انّ لزوم مثل هذا العقد ضررى فيرتفع بكونه خياريا وقد استدل بتلك الادلة على ثبوت ببعض

الخيارات كخيار الغبن .

واشكل عليه شيخنا الانصارى بتوضيح واضافة اجماليّة منّا و حاصله انّ الضرر عبارة عن النقص فى المال او العرض او النفس و شئ منها غير موجود فى المقام بل انّما هو فى انتقال المال الى المشترى بدون رضاية المالك واذنه فمقتضى شمول ادلة الضرر على ذلك هو نفى الانتقال و بطلان العقد لاثبوت الخيار مع صحته .

وبعبارة اخرى : انّه لو فرضنا من صحة العقد وكان النزاع فى لزومه وعدمه وكان الضرر متوجها من ناحية اللزوم لكان لهذا التوهم وجه ولكن الامر ليس كك وانّما الضرر فى اصل صحة العقد وانتقال المال الى الغير لا من ناحية اللزوم بعد الفراغ عن صحته اذن فلابدّ من القول ببطلان العقد لو تمسكنا بدليل نفى الضرر لا بكونه خياريا .

بل لامجال اصلا هنا للتمسك بادلّة نفى الضرر ولا موضوع لها هنا فانّه انّما تكون شاملة لمورد يكون فيه ضرر والموضوع لذلك هنا لو كان انما هو العقد فصحته انّما بواسطة شمول العمومات عليه فهى لاتشمل المورد ما لم تلحق عليه الاجازة اللاحقة من المالك فانّه عرفت انّه مضافا الى كون صحة العقد بدون الاجازة منه اكلا لمال الغير بدون اذنه وكونه تصرّفا فى مال الغير بغير طيب نفسه وكونه خلاف السلطنة انّ اوفوا بالعقد و احلّ اللّه البيع انّما ينصرف الى بيع شخص المالك وانّ كل من باع ما له لنفسه يجب الوفاء به واما لو باع لغيره فلا اذن فلا موضوع يكون ضرريا حتى يشمله ادلة نفى الضرر و بالجملة لاوجه لاحتمال ثبوت الخيار هنا بدليل نفى الضرر .

ثم لو انعقد الاجماع على عدم جريان الفضولية فى الايقاعات واختصاصها بالعقود فيحكم ببطلان عتق مال الغير ثم اجازته اوعتق مال نفسه عن الغير باعتقاد انّه مال الغير ثم اجازته وان لم يتم الاجماع وناقشنا فيه فيصح فى الايقاعات ايضا كما هو واضح ثم انّه لا ملازمة بين بيع مال نفسه للغير باعتقاد انّه له ثم انكشف الخلاف و بين بيع الفضولى بحيث لو قلنا ببطلان البيع الفضولى لقلنا ببطلان ذلك ايضا ٠

وذلك لان عمدة ما قيل فى بطلان البيع الفضولى كما تقدم هوكونه بيعا لمال الغيرفهو باطل بالروايات المستفيضة النافية عن بيع ما ليس عنده وقد اجبنا عنه فيما تقدم انّ ذلك فيما يكون بايعا لنفسه دون الغير وعلى تقدير قبوله هناك فلا يجرى هنا فانّ البايع لم يبع مال غيره ليكون من صغريات بيع ما ليس عنده بل انما باع مال نفسه للغير فيكون ذلك صحيحا بالاجازة فلا يكون مشمولا لتلك الروايات اللهم الا ان يقال ان مدرك القول ببطلان بيع الفضولى هو التصرف فى مال الغير المستلزم للحرمة المستلزم لفساد البيع و فيه على تقدير قبوله فى بيع الفضولى فلا يجرى هنا لانّ فى البيع الفضولى كان تصرّف فى مال الغير بخلافه هنا فانّه ليس هنا الاقبح التصرف من باب التجرى فهو قبيح فى نظر العقل فلا يستلزم الحرمة الواقعية حتى يستلزم ذلك الحرمة الواقعية فساد المعاملة فيكون ما نحن فيه مثل بيع الفضولى كما هو اضح ٠

قوله الرابعة ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انّه له٠

اقول اذا باع شخص مال نفسه لغيره باعتقاد انه له اما باعتبار

شخصى اوعقلائى ثم انكشف انّه مال نفسه كما اذا باع مالا اخذه من الغير بالقمار او بغيره من الاسباب الباطلة شرعا ثم باع لنفسه مع اعتقاده بحسب تديّنه بدين الاسلام انّه مال الغير ثم انكشف انّ هذا بعينه المال الذى كان ذلك الغير اخذ منه امس فالظاهر انّه لاشبهة فى صحة هذا البيع لعدم قصور فى الانشاء ولا فى المنشأ بل انّما تحققت حقيقة البيع على النحو الذى لابدّ وان تتحقق فانّ حقيقته المبادلة بين المالين فى علقة المالكية وقد حصل ذلك فى نظر العرف والعقلاء فانهم يرون التمسك بالقمار ونحوه من الاسباب الباطلة من المملكات فيرون بيع المقامر ما تملكه بالقمار صحيحا فيصدق على بيعه هذا بيعا بالحمل الشايع مع كونه مالكا واقعا اذن فيشمله العمومات فيحكم بصحته شرعا ايضا غاية الامر انّه لم يعلم بكونه مالكا واقعا وفى نظر الشارع فهو لايضرّ بصحّة البيع .

وبعبارة اخرى حكم الشارع بالمالكيّة من الاحكام الشرعيّة فصحّة البيع لايتوقف على العلم به والا فلابدّ من عدم تحقق البيع وصدقه على بيع من لاعقيدة له لشريعة من الكفار والفساق مع كونه بيعا صحيحا عند العرف والعقلاء وبالجملة انّ صحة مثل ذلك مع صدوره عن مالكه الواقعى وتحقق شرائطه ممّا لاشبهة فيه وهل يحتاج ذلك الى الاجازة ام لا فالظاهر انّه غير محتاج الى الاجازة لكونه صادرا من مالك المبيع وواقعا لنفسه ومستندا اليه فالاحتياج الى الاجازة تحصيل الحاصل فلا نحتاج اليها .

وبعبارة اخرى انّ العقد بعد تمامية اركانه ووقوعه عن مالكه بعد نفسه مالكا للمال باى نحو كان وكونه مالكا ايضا واقعا غير انّه

يعتقد فقط كون المال للغير من باب الجهل فلا وجه لتوهم كونه محتاجا الى الاجازة ثانيا فانّ مجرّد الجهل بالحال لايستلزم ذلك كماهو واضح و ذلك كما اذ باع مال نفسه لنفسه غفلة عن كونه له فهل يتوهم احد بطلان البيع هنا ·

قوله واما القول فى المجاز ·

اقول تحقيق الكلام فيه يقع فى امور الاول انّ العقدالفضولى لابدّ وان يكون جامعا لشروط البيع باجمعها و الا فلايكون ممّا يترتب عليه الاثر وهذا بحسب الكبرى ممّا لاريب فيه فانّ العقد الفضولى يعينه العقود الاخرغير انّه فاقد للاجازة فيحتاج الى الاجازة المتاخرّة وهذا لايزيد عن العقد الصادر بالاذن السابق اومن المالك فانّه كما اذا كان شئ منهما فاقدا لشرط من الشروط مع كونه صادرا ممّن له العقد او باذنه بحيث يكون مستندا الى المالك من حين تحققه فكك العقد الفضولى لابدّ وان يكون جامعا لجميع الشرائطغيرجهة الرضا المالكى فانّه يلحق بالاجازة المتاخرة فهل يتوهم احد ان لا يعتبر فيه ما يكون معتبرا فى غير العقد الفضولى اذن فمقتضى ادلّة صحة البيع مع ادلة الشروط المعتبرة فيه قاضية فى البيع الفضولى ايضا ·

واما بحسب الصغرى فشرائط البيع تنحّل الى اقسام اما شرائط العقد فلا شبهة فى اعتباره فى العقد الفضولى لكونه عقدا كسائر العقود فلابدّ من اعتبار شروطها فيه ايضا وجهة الفضولية لا توجب الغاء تلك الشروط وذلك كالماضوية والعربيه وتقديم الايجاب على القبول وغير ذلك ممّا يرجع الى نفس العقد فانّها كما تعتبر فى عقد

الاصيل و هكذا تعتبر فى العقد الفضولى و امّا شرائط المتعاقدين فكك و لا بدّ من اعتبارها هنا كما اذا اعتبرنا صدوره من البايع العاقل فانّه يعتبر هنا ايضا فلا يصح عقد الصبى و المجنون لو كانا فضوليين ايضا فانّه بعد عدم كفايته فيما اذا كان طرف المعاملة هو الاصيل وكان مجرى العقد هو الصبى او المجنون فلا يكفى هنا ايضا لانك عرفت انّ العقد الفضولى لا يزيد على عقد الاصيل و معاملته و بالجملة لا يكفى فى صحة عقد الفضولى صدوره من الصبّى و المجنون لو قلنا بعدم صحة عقدهما كما تقدّم ٠

و اما شرائط العوضين فهو ايضا ممّا لاريب فى اعتبارها هنا فلا يصح بيع ام الولد و لا الخمر و نحوهما ممّا لا يصح بيعه من الاصيل ايضا فانّ ما لا يجوز من الاصيل فكيف يجوز من الفضولى فهل يزيد ذلك على الاصيل و بالجملة ٠

انّ تلك الشروط الثلثة لاشبهة فى اعتبارها فى العقد الفضولى حين العقد فانّ الاجازة ليست عقدا مستئنفاً حتى تعتبرها من زمان الاجازة بل اجازة للعقد السابق الصادر عن الفضولى و انّما هى دخيلة فى تاثير ذلك العقد فلا بدّ من اعتبارها فيه حين الصدور ٠

و اما الشروط التى تكون معتبرة فيه مع كونها خارجة عن العقد و قد عبر عنها المصنف بالشروط المعتبرة فى تاثير العقد او الشروط الراجعة الى المالك فلا يعتبر فيه اما الاول فكالقدرة على التسليم فانّ اعتباره فى العقد ليس من جهة كونها شرطا للعقد او للعوضين او للمتعاقدين بل امر خارج عن العقد فانّما يكون معتبرا من جهة تمكين المشترى من المبيع او البايع من الثمن و تسليطهما عليهما و هذا

انّما يلزم اعتباره حين التسليم فقط وان كان البايع غير متمكن من زمان العقد حتى مع كونه اصيلا ففى الفضولى ايضا لايعتبر القدرة على التسليم لاحين العقد ولاحين الاجازة بل انّما يلزم اعتباره ـ حين التسليم والتسلّم فلو باع الفضولى عن المالك سلما فلابدّ وان يكون المالك متمكّنا عن التسليم عند التسليم وفى الاجل المعيّن الذى يجب تسليمه فيه ولو باع حالا فيجب ان يكون المالك متمكّنا من التسليم عند الاجازة لانّ زمان الاجازة زمان التسليم والتسليم وبالجملة فمثل هذا الشرط لايرتبط بالعقد ولا بالعوضين ولا بالمتعاقدين بل هو امر خارج عن العقد ولايلزم من انتفائه بطلان العقد بل يكون العقد خياريا لتخلف الشرط الضمنى ولايفرق فى ذلك بين القول بالكشف والنقل فانّه على القول بالكشف ايضا وان حصلت الملكيّة ولكن لم يحصل زمان التسليم والتسلم ولذا لايجوز التصرف قبل الاجازة حتى على الكشف فزمان التسليم زمان الاجازة فانّه ليس معنى الكشف انّ الملكية قد حصلت بحيث لكل منهما ان يعامل مع ما انتقل اليه معاملة ملكه بل انّما ذلك بعد الاجازة غاية الامر انّها نكشف انّ الملكية من الاول ·

واما الثانى كاعتبار كون المشترى للمصحف او العبد المسلم مسلما ولا يكون كافرا بناء على عدم تملك الكافر العبد المسلم والمصحف فهذا ايضا لايعتبر فى العقد الفضولى كون المشترى للمصحف او ـ العبد المسلم مسلما حين العقد بل لابدّ من كونه مسلما حين الاجازة فلو باع الفضولى المصحف او العبد من الكافر فاسلم الى زمان الاجازة فيكون البيع صحيحا والسر فى ذلك انّ عمدة دليل اعتبار كون المشترى

مسلما بعد التسالم بين الفقهاء هو قوله تعالى لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فانّ بيع المصحف والعبد المسلم من الكافر استيلاء و سبيل على المسلمين بل من اعلى مراتب الاستيلاء و هذا المعنى لايتحقق بمجرّد العقد حتى على القول بالكشف فانّ الاستيلاء انّما يتم بتمامية العلقة الملكية وهى لاتتم الا بتمامية السبب و تمامية السبب انّما بالاجازة حتى على القول بالكشف فانّه على القول بالكشف ايضا تكون الاجازة مؤثرة فى الملكية السابق فنكشف بها حصولها من زمان العقد و بها يكون المشترى مسلطا على المبيع واما قبل زمان الاجازة فليس له تسلط على المبيع غاية الامر انّه قد ملك للمبيع من زمان العقد لو اجاز المالك والا فلا فانّما يحصل السبيل و التسلط فى زمان الاجازة وفى زمان تماميّة السلطنة على المبيع لكون الاجازة مما تكون متممة للعلقة المالكيّة و قبله لا سلطنة للمشترى على المبيع بوجه و لذا لايجوز له التصرف فيه .

نعم بناء على الكشف بمعنى كون الاجازة معرفة محضة مع العلم بانّ المالك يجيز العقد قطعا نلتزم بعدم جواز البيع الفضولى ايضا لحصول السبيل من زمان العقد للعلم بتحقق العلقه بتمامها عنده ولكن قد عرفت عن تماميّة ذلك المذهب واما توهم حصول السبيل بمجرّد العقد توهم فاسد فانّ مجرّد تحقق ما يكون له تاهلية الصحة وكونه قابلا لان يترتب عليه تمامية العلقة المالكية للمشترى لايوجب اثبات السبيل للكافر على المسلم .

و بالجملة انّ فقدان الشرائط الخارجيّة و شرائط المالك عند العقد فى العقد الفضولى لايضرّ بالصحة التاهلية التى كانت فى

العقد الفضولى بل هى تحصل بذلك مع وجدانه الشرائط الاخر الداخلة فى العقد من شرائط العقد و شرائط العوضين و شرائط المتعاقدين بل الصحة التاهلية باقية الى زمان الاجازة و زمان وصول محل الشرط فانّ حصل فيحكم بالصحة الجزمية والا فيحكم بالبطلان ·

ثم هل يعتبر استمرار تلك الشروط التى لابدّ من اعتبارها الى زمان العقد ام لا يعتبر اما الشروط الراجعة الى العقد فلا معنى لبقائه لكونها انى الحصول و الزوال فليس لها قابليّة البقاء كالعربية و الماضوية و تقديم الايجاب على القبول و نحوها فانّها كيفيّات غير قابلة للبقاء ·

و اما شروط المتعاقدين فالظاهر عدم اعتبار بقائها على حالها فى صحة العقد كما اذا جنّ العاقد الفضولى او مات فانّ العقد بعد صدوره عنه صحيحا لا ينقلب عما هو عليه بانتفاء الشروط المعتبرة فى العاقد فلا نتصوّر وجها لكونها دخيلا فى صحته بحسب البقاء ايضا و انّما الظاهر من ادلة اعتبارها فى العقود دخالتها فى صحتها بحسب الحدوث فقط ·

و اما شروط العوضين فقد بنى المصنف على استمرارها على القول بالنقل و نفى البعد عنه على القول بالكشف و ان تقدم منه عند بيان الثمرة عدمه ردا على من زعم اعتبارها بتوهم ظهور الادلّة فى اعتبار استمرار القابلية الى زمان الاجازة على الكشف ·

و تفصيل الكلام هنا انّ الشروط تارة تكون شروطا للانتقال و التمليك و التملك بمعنى انّه يشترط فى انتقال المال الى الغير و

تملكه بعض الشروط كالخمر فانّ التملك و التمليك و انتقال المال من شخص الى آخر بايّ عنوان كان يشترط فيه ان لا يكون خمرا فمثل ذلك شرط التملك وغيره مربوط بالبيع اصلا و لذا لا يكون بغير البيع ايضا و لذا امر رسول اللّه (ص) باراقة الرواية من الخمر الذى اهدى اليه و هكذا كلما يكون شرطا للتملك ٠

واخرى يكون الشرط شرطا للبيع كعدم كون المبيع ام ولدا و من الاعيان النجسة او المتنجسة بناء على عدم جواز بيعهما و هكذا فانّ مثل ذلك من شروط البيع لا من شروط التملك و الا فيصح تملك ام الولد و النجس و لذا يضمن لصاحبها من اتلفها و قد تقدم فى بيع الكلاب القول بالضمان على من اتلف كلب الغير من غير ما يجوز بيعها ككلب الحارس و الدور و لذا لو مات مالك تلك الامور تنتقل الى وارثه وهكذا كلما كان من هذا القبيل فلا شبهة فى عدم اعتبار استمرارها اى تلك الشروط الى زمان الاجازة حتى على القول بالنقل فانّها كانت محققة فى زمان تحقق العقد و البيع لكفى و لانّ الاجازة ليست عقدا مستئنفا حتى يعتبر استمرارها الى زمانها و على هذا فلو باع الفضولى امة الغير او متاعه ثم صار ذلك ام ولد اومتنجسة او نجسة فعلى القول بالكشف لا شبهة فى صحة البيع لو اجازه المالك لحدوث التوليد و التنجيس فى ملك الغير فانّ بالاجازة تنكشف انتقالها الى المشترى من زمان العقد وكون التوليد و التنجس واقعا فى ملك المشترى فانّ ما لا يجوز انّما هو بيع ام الولد او النجس والفرض هنا انهما حصلا فى ملك المشترى لا انهما حصلا قبل البيع ليمنع عنه و البيع انّما تحقق فى زمان تحقق العقد و ليس الاجازة الا اجازة ذلك العقد

لا انّها عقد جديد وكك على القول بالنقل ايضا لايبعد ذلك فانّ الملكية وان لم تحصل الا فى زمان الاجازة ولكن الاجازة هنا ايضا ليس عقدا جديداً بل هى اجازة للعقد السابق المتحقق فضولة فيكون البيع حاصلا قبل ان تصير الامة ام ولد او يكون المبيع نجسا وانّما صارا كذلك قبل الانتقال الى الغير فلا شبهة فى جواز ذلك فلذا يتوارث الوارث وبالجملة انّ الاجازة ليست عقدا جديدا وانّما هى امضاء للعقد السابق الذى بيع او نكاح فقد تحقق عنوانه وانّما الاستناد يكون بالاجازة ليكون بيعا للمالك او نكاحا له وهكذا والا فاصل العقد على القولين قد تحقق عند العقد نعم ما هو شرط التمليك و الانتقال فلابدّ من بقائه الى زمان الاجازة .

فرع لو باع شخص خلا لآخر ثم صار ذلك خمرا ثم انقلب الى الخليّة فهل يحكم بصحة الانتقال هنا المستلزم صحة البيع ام لا اما على الكشف فلا شبهة فى صحة البيع لكون القلب والانقلاب فى ملك الغير واما على النقل فالظاهر بطلان البيع لعدم صحة النقل حين الاجازة فان ما وقع عليه العقد لم يبق على حاله وما هو موجود فانّما هو ملك جديد لم يقع عليه العقد لتبدل الصورة النوعية فانّ الخمر والخل فى نظر الشارع من الصور النوعية المتخلفة كما اذا فرضنا انّه باع الفضولى عبدا ثم صار ذلك كلبا حقيقة لا انسانا فى صورة الكلب ثم تبدل الى الانسانية فانّ الانسان الثانى غير الانسان الاول فلا يصح ذلك البيع بالاجازة لما ذكرناه اذا فلابدّ من بقاء المال على هيئته التى وقع عليها العقد الفضولى من كونه قابلا لوقوع العقد عليه وواجداً على شرائط الانتقال من حين العقد الى

حين الاجازة و الا فلا يصح انتقاله الى الغير بالعقد ففى الحقيقة مثل هذا الشرط الذى شرط التملك شرط للانتقال اولا و بالذات و يكون شرطا للبيع ثانيا و بالعرض فانّه اذا لم يصح الانتقال لم يصح البيع ايضا كما هو واضح ·

الامر الثانى فى معرفة المجيز العقد المجاز و العلم بكونه واقعا مع تعينه و يقع الكلام هنا فى جهتين الاولى فى انّه هل تصح ـ الاجازة على تقدير الوقوع ام لا كما اذا يقول لو بيع مالى فضولة او اوجرت دارى فقد اجزته و الثانية هل يمكن تعلق الاجازة بالامر المبهم ام لا اما الجهة الاولى فقد حكم شيخنا الانصارى ببطلان الاجازة لكونه تعليقا فيما هو بحكم العقد فانّ الاجازة و ان لم تكن عقدا الا انّه فى حكم العقد فحيث ان التعليق فى العقد باطل فيكون فيما هو بحكم العقد ايضا باطلاً و اضاف اليه شيخنا الاستاذ انّ الاجازة من الايقاعات فالتعليق فى الايقاعات لايعقل ·

اما ما افاده شيخنا الانصارى ففيه اولا لادليل على بطلان التعليق فيما هو فى حكم العقد فانّ عمدة الدليل على بطلانه هو الاجماع كما تقدم فالمتيقن هو بطلانه فى نفس العقد لا ما فى حكمه و ثانيا انّه تقدم فى السابق انّ التعليق فى العقد موجب للبطلان اذا كان بامر خارج عن العقد و اما لوكان على امر يكون مقوّما له و داخلا فيه فلا دليل على بطلانه بل هو فى جميع العقود موجود و ان لم يصرح به فلوكان مثل ذلك موجبا للبطلان للزم الحكم ببطلان جميعها و هذا نظيرما اذا قال ان كنت زوجتى فانت طالق او ان كان هذا مالى فبعته فكك الاجازة ·

وامّا ما افاده شيخنا الاستاذ فلم نعقل له معنى محصّلا حيث انّ التعليق فى الايقاع قد وقع فى الشريعة المقدسه فكيف لهالحكم بكونه غيرمعقول فى الايقاعات كالتدبيرفانّه من الايقاعات مع كونه معلقا على الموت وكالوصية بناء على كونها من الايقاعات كماهو الحق فانها متوقفة على الموت بل عرفت ان الدليل على بطلانه انّما هو الاجماع فالمتيقن منه ليس الا العقود فلا علم لنا لدخول الايقاعات معقده فلا يضرّ فيها التعليق.

واما الجهة الثانية اعنى امكان تعلق الاجازة بالامر المبهم فهى متفرعة على الجهة الاولى ولذا قد مناها على عكس ما فعله المصنف فقد نزل المصنف هنا الاجازة منزلة الوكالة فما لم يبلغ الامر فى ذلك الى مرتبة لايصح معه التوكيل يصح ان تتعلق به الاجازة.

والظاهرجواز تعلّقها بالامر المبهم اذا لم نقل بكون التعليق فيها مضرّا كما اذا لم يدرالمجيزان الواقع بيع داره او اجارته او بيع الفرس اوغيرذلك فيقول اجزت ذلك الامرالواقع ان كان اجارة فاجزت الاجارة وان كان بيعا فاجزت البيع وهكذا ولا يلزم معرفة المجاز ولايضرّ عدم المعرفة بصحة الاجازة وهذا نظير ان يعطى احد ماله لشخص بذلا فعلم ذلك ولكن لايدرى انّه اىّ شئ فيقول اجزته فهل يتوهم احد عدم صحة ذلك بل هذا اوضح من الوكالة فانّ فى الوكالة وان كان يصح تعلقها بالامرالمبهم ولكن يشترط فى صحة ذلك وجود جامع بين تلك الافراد التى كان المأذون فيه مبهما بينها والا فلا يصحّ التوكيل بالفرد المردد وهذا بخلافه هنا فانّ الاجازة تتعلق بالواقع المردد بين الافراد الكثيرة وان لم يكن

بينها جامع فانّ التردد لايمنع عن ورود الاجازة الى مورده و محله فى الواقع و هذا نظير اتيان اربعة ركعات من الصلوة الرباعية بقصد اتيان الواقع اذا علم بكون ذمته مشغولة باربعة ركعات من الصلوة مع الجهل بخصوصياتها ٠

و من هنا يظهر بطلان ما فى كلام شيخنا الاستاذ حيث قال انه لايجرى فى المقام ما يجرى فى الوكالة فانها تصح على نحو الاطلاق و ان لم تصح على نحو الابهام و اما الاجازة فلا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الاطلاق لانّ عقد الفضولى وقع على شئ خاص و هو لوكان مجهولا عند المجيز فلا تشمله الادلة الدالة على نفوذ الاجازة بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالامر المبهم التى لا اعتبار بها عند العقد

و وجه البطلان انّ ما تقع عليه الاجازة و ان كان امرا شخصيا غير قابل للاطلاق لا كليّا قابلا للاطلاق الا انّ اشتراط كون متعلقها امرا قابلا للاطلاق بلا دليل بل انّما تكون الاجازة واقعة على موردها و ان كانت المحتملات كثيرة و بالغة الى حد لاتصح ان تتعلق به الوكالة فانّه بناء على جواز التعليق فيها تنحل ذلك الى قضايا عديدة فيكون التقدير ان كان هذا العقد واقعا على مالى فاجزته و ان كان ذلك فاجزته و هكذا و بالجملة انّ الاجازة بعد صدورها من اهلها ترد على محلها و ان كان المحل من الابهام بمكان فانّ توجهها الى العقد الواقع على ماله و ان كان امرا شخصيا غير قابل للاطلاق فيقول المجيز اجزت الواقع على ما هو عليه ان كان كذا فكذا ان كان كذا فكذا ٠

الامر الثالث ان العقد المجاز امّا اول عقد وقع على مال نفسه

او اخرعقد وقع علی ماله او اول عقد وقع علی عوض ماله او اخر عقد وقع علی عوض ماله فهذه اربعة صور ثم انّه امّا العقد الوسط بین عقدین واقعین علی مورد العقد الوسطی او وسط بین العقدین الواقعین علی بدله اوعلی الاختلاف وعلی کل من هذه الاربعة فاما ان ذلک العقد الوسط واقعا علی عین مال الغیر فیتشعب من اجازة الوسط ثمانیة صور فیرتقی المجموع الی اثنی عشر صور وتوضیح ذلک انّما یکون فی ضمن مثال فلو باع الفضولی عبد المالک بفرس و باع مشتری ذلک الفرس بدرهم و باع الاخر العبد بکتاب ثم باع الاخر العبد بدینار و باع الاخر الدینار بجاریة ۰

فهذه البیوع الخمسة حاویة لبیع واقع علی مورد ابتداء و هوبیع العبد بفرس و بیع واقع علی مورد ذلک البیع الاول وسطا و هو بیع العبد بکتاب و بیع واقع علی ذلک المورد لاحق و هو بیع العبد بدینار وحاو ایضاً علی بیع وارد علی بدل العبد و هو بیع الفرس الذی بدل العبد بدرهم وعلی بیع وارد علی بدل العبد ایضاً ولکن لاحق وهو بیع الدینار بجاریة فهل تکون اجازة العقد الوسط الذی بیع العبد بکتاب الذی وقع قبله عقد علی مورده وعقد علی بدله و کذلک بعده اجازة السابق و اللاحق اولیس اجازة لشئ منها او نقول بالتفصیل فیتضح بذلک المثال حکم المقام فتارة نتکلم علی الکشف وآخرعلی النقل امّا علی الکشف فلو اجاز مالک العبد بیع العبد بکتاب فیکشف ذلک ان العبد من حین العقد صار ملکا لمالک الکتاب و الکتاب صار ملکا لمالک العبد ووقع بینهما التبادل و امابیع العبد بفرس فیکون باطلا لکونه واقعا فی مال الغیر و لم تتعلق به

الاجازة من المالك فيقع باطلا .

واما بيع الفرس بدرهم فهو امر اخر اجنبى عن بيع العبد فيكون فضوليّا و موقوفا على اجازة مالكه .

واما العقود اللاحقة فيصح كلاهما فانه بعد كون العبد ملكا لمالك الكتاب من حين العقد كما هو المفروض على الكشف فقد باع هو ماله بدينار فيكون الدينار ملكا له ايضا من حين العقد فاذا باعه بجارية فيصح بيع الجارية ايضا .

واما على النقل فحكم العقود السابقة على بيع العبد بكتاب حكمها على طريقة الكشف فى كل من العقد الوارد على مورد العقد المتوسط والعقد الوارد على مورد بدله فيحكم ببطلان بيع العبد بفرس و بصحة بيع الفرس بدرهم مع الاجازة واما العقود اللاحقة ـ فحيث ان الاجازة ناقلة من حينها فيكون العقد الواقع على العبد مع الكتاب موجبا للنقل والانتقال من حين الاجازة فيكون العبد ملكا لمالك الكتاب من زمان الاجازة واذن فيكون بيع مالك الكتاب العبد بدينار قبل اجازة مالك العبد المبادلة الواقعة بين العبد و الكتاب بيعا لما لايملك وما ليس عنده فيتوقف صحته وعدمه مطلقا او مع الاجازة وعدمها على ما تقدم من بيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فراجع .

قوله الثالث المجاز اما العقد .

اقول وحكم المسئلة فى غاية السهولة ولكن تصويرها فى غاية الصعوبة وقد ذكره المصنف واوضحه بامثلة ونحن ايضا نوضيح المسئلة بالمثال الذى ذكره المصنف ولكن نحلّله الى مثالين لاجل التوضيح

وحاصل ما ذكره المصنف من تصوير تعلق الاجازة بالمجازقبل تصويره بمثال هو ان العقد المجاز اما هو العقد الواقع على نفس مال الغير او العقد الواقع على عوض مال الغير وعلى كلا التقديرين فامّا ان يكون المجاز اوّل عقد وقع على مال الغير او عوضه او آخره او عقدا بين سابق ولاحق واقعين على مورده او بدله او بالاختلاف و محصله ان العقد المجاز تارة يكون اول عقد وقع على عين مال الغير واخر يكون اخر عقد وقع على عين مال الغير وثالثة يكون اوّل عقد وقع على بدل مال الغير ورابعة آخر عقد وقع على بدل مال الغير فهذه اربعة صور وايضا قد يكون المجاز العقد المتوسط فهو تارة يكون وسطا بين عقدين واقعا على مورده واخرى يكون وسطا بين عقدين واقعا على بدل مورد هذا العقد الوسطى وثالثة يكون العقد السابق منه واقعا على مورده واللاحق به واردا على بدل مورده ورابعا يكون عكس ذلك فهذا العقد الوسط الذى يكون مورداً للاجازة تارة يكون واقعا على عين مال الغير واخرى على بدله فتكون هذه على ثمانية اقسام ومع اضافة الاقسام الاربعة اليها ترتقى الى اثنى عشر قسما فنوضح ذلك بتقسيط ما ذكره المصنف من المثال الى مثالين ويجمع جميع ذلك مثالان بتقسيط الفرض اليهما ممّا مثله المصنف الاول نفرضه فيما يكون العقد المجاز واقعا على المال لا العقد الواقع على بدله و تصويره انّه لو باع شخص فضولة عبد المالك بفرس ثم باع البايع ـ الفرس بدرهم وباع المشترى العبد بكتاب وباع صاحب الكتاب العبد بدينار وباع الدينار بجارية وقد وقع هنا عقود خمسة والوسط منها مسبوق بعقدين وقع احدهما على مورده اعنى بيع العبد بفرس و

الاخرعلى غير مورده اعنى بيع الفرس بدرهم و ملحوق ايضا بعقدين احدهما واقع على مورده وهو بيع العبد بدينار و الآخر واقع على غير مورده وهو بيع الدينار بجارية و مرادنا من اشتراك الموردكون المال الذى يكون ثمنا او مثمنا متحدا مع العقد الاخرفى هذه الجهة اى كما انه ثمن او مثمن فى هذا العقد وكك هو ايضا ثمن او مثمن فى ذلك العقد ٠

فلو اجاز العقد الوسط فبناء على الكشف فتكشف كون العبد ملكا للمشترى اعنى صاحب الكتاب من حين العقد فيكون بيعه العبد بدينار بيعا واقعا فى ملكه و هكذا بيع الدينار بجارية فان جميع ذلك متفرع على اجازة العقد الوسط وكونه موجبا لحصول الملكيّة من حين العقد كما هو مقتضى الكشف واما العقدين السابقين على المجاز فالعقد الذى ورد على مورد العقد الوسط اعنى بيع العبد بفرس فيكون باطلا فانّه لم يتعلق به الاذن اللاحق وخرج عن قابلية لحوق الاجارة به باجازة العقد الوسط لعدم بقاء الموضوع له فانّ مالك العبد قد اجاز بيعه بكتاب فاجازة بيعه بكتاب لايستلزم صحة بيعه بفرس اعنى العقد السابق ٠

واما العقد السابق الواقع على بدله اعنى بيع الفرس بدرهم فهوعقد آخر غير مربوط ببيع العبد بكتاب وليس بينهما ملازمة ليلزم من اجازة بيع العبد بكتاب اجازة بيع الفرس بدرهم بل هو عقد مستقلة وقع على مال الغير فضولة فان اجاز المالك صح والا فلا ٠

واما على النقل فبالنسبة الى العقدين السابقين الكلام هو الكلام واما بالنسبة الى العقدين اللاحقين فان قلنا بصحة بيع

مال الغير لنفسه ثم ملكه سواء قلنا بصحته مع الاجازة المتاخرة او بدون الاجازة فيكونان ايضا صحيحين و الا فيكونان باطلين لا من جهة عدم التفرع بين العقد الوسط و بينهما بل من جهة كونها من صغريات بيع ما ليس عنده كما تقدم ·

و من هنا ظهر انّه لو اجاز العقد الاول فانّه يستلزم صحة العقود المتاخرة باجمعها ولو اجاز العقد الاخير فانّه لا يستلزم صحة العقود المتقدمة بل ما يكون واردا على مورده فيبطل و ما لا يكون واردا على مورده يتوقف صحته على الاجازة ·

بقى هنا امران لا بدّ من التعرّض لهما الاول انّ اجازة العقد لا يستلزم صحة العقود السابقة اذا اجاز المالك ذلك العقد لنفسه كما عرفت و اما اذا اجاز للبايع فيصح بذلك العقود السابقة ايضا و ذلك لانّ صحة بيع العبد بكتاب وكونه للبايع يستلزم صحة بيع العبد بفرس فان صحة بيع العبد بكتاب متفرع على صحة بيع العبد بفرس فانه لو لم يكن بيع العبد بفرس صحيحا لا يكون العبد منتقلا الى المشترى و لا يصح بيع المشترى ذلك العبد بكتاب صحيحا فانّ موردهما واحد اى البيعان وردا على العبد و ان كان البايع فى احدهما هو الفضولى و فى الاخر هو المشترى و اذا صح بيع العبد بفرس فيستلزم ذلك صحة بيع الفرس بدرهم ايضا من غير توقف على الاجازة فان لازم صحة بيع العقد بفرس وكون العبد للمشترى ان يكون الفرس للبايع و الا فلا يصح بيع العبد بفرس و اذا لم يصح العبد بفرس فيستلزم ذلك عدم صحة بيع العبد بكتاب مع انا فرضنا صحته باجازة المالك فيعلم من ذلك كون الفرس للبايع فاذا كان له فيصح بيعه بدرهم من

غير توقف على الاجازة لكونه بيعا لما له و واقعا فى ملكه ٠

ثم انّ هذا الذى ذكرناه انما هوعلى الكشف و اما على النقل فيتوقف ايضا على المسئلة السابقة من توقف البيع على الملك و الا فيبطلان كما هو واضح ٠

الامر الثانى انّ مرادنا من استلزام اجازة واحد من العقود ـ صحة العقود اللاحقة العقود الطولية الرتبيّة التفرعيّة اى يكون العقد اللاحق او السابق متفرعا على العقد المجاز و لازما له او ملزوما عليه بحيث يكون مشتريه او بايعه بايعا او مشتريا للاخر الذى يتفرع صحته على العقد المجاز بحيث تكون رتبته متاخرة عن رتبة العقد المجاز و ان لم يكن لاحقا له بحسب الزمان كما تقدّم انّ اجازة عقد الوسط يستلزم صحة العقود السابقة اذا كان ذلك للبايع ٠

و امّا اذا لم يكن بينها ملازمة و ان كان بينها طول بحسب الزمان فلا يستلزم اجازته صحة العقود اللاحقه كما اذا فرضنا انّه باع الفضولى العبد بفرس و باع شخص آخر ذلك العبد بحمار و باع ثالث ذلك العبد ببقر و باع رابع الفرس بدرهم و هكذا فاجاز المالك بيع العبد بحمار فلا يستلزم ذلك شيئا من صحة العقود السابقة او اللاحقة لعدم الارتباط بينها بوجه بل كلها اجنبيّة عن العقد المجاز كما هو واضح ٠

و من هنا صح ٠

دعوى الكبرى الكلية فى المقام على استلزام اجازة العقد صحة الاخر و هى انّه كلما كان بين عقدين ملازمة اما بكون الاول لازما و الاخر ملزوما او العكس فاجازة احدهما مستلزم لاجازة الاخر و الا فلا

فهذه كبرى كلّيّة مختصرة لضابطة ذلك و بعبارة اخرى اجاز عقد يوجب صحة كلّ عقد يرتبط به بوجه من الارتباط و يكون من شئونه و الا فلا ٠

المثال الثانى ان يكون المجاز هو العقد الوسط ايضا و لكن واقعا على بدل مال الغير فنوضح ذلك ايضا بما ذكره الشيخ كما اذا فرضنا انّ الفضولى باع العبد بفرس و باع الفرس بدرهم و باع الدرهم برغيف او اشترى به رغيفا ثم بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل فبيع الدرهم برغيف عقد وسط واقع على بدل مال الغير وهوالدرهم فانه بدل الفرس الذى بدل العبد و قبله عقدان احدهما وارد على مورده و هو بيع الفرس بدرهم فانّ الدرهم ايضا مورد العقد الوسط والثانى بيع العبد بفرس غير وارد على مورده وكك بعده عقدان - احدهما وارد على مورده و هو بيع الدرهم بحمار و الثانى غير وارد على مورده و هو بيع الرغيف بعسل فلو اجاز العقد الوسط اعنى بيع الدرهم برغيف او اشتراء الرغيف بدرهم فهو على الكشف يستلزم صحة العقود السابقة ايضا فانّ صحة بيع الدرهم برغيف يستلزم صحة بيع الفرس بدرهم فانّه لولم يصح ذلك لا ينتقل اليه الدرهم حتى يجيز بيعه برغيف و صحة بيع الفرس بدرهم يستلزم صحة بيع العبد بفرس و الا فلا يكون الفرس له ليكون الدرهم له ليجيز بيع الدرهم برغيف او اشتراء الرغيف بدرهم ٠

و اما على النقل فتكون البيوع السابقة واقعة فى غير ملك المالك لعدم كون البايع مالكا فان قلنا بصحتها مع الاجازة او بدونها فبها و الّا فتبطل ٠ و اما العقود اللاحقة فبيع الدرهم بحمار الذى وقع على مورد العقد الوسط يكون لازما لصحة الوسط بالاجازة على الكشف لكون الدرهم ملكا للمالك بعد اجازة العقد الوسط على الفرض فيكون اشتراء الحمار به

او بيعه بحمار فى ملك مالكه . و امّا بيع الرغيف بعسل فيكون عقدا فضوليّا موقوفا على اجازة المالك لانّه غير ملازم لاجازة بيع الدرهم برغيف . و بالجملة الحكم فى هذا المثال على عكس المثال الاول كما عرفت .

و من هنا ظهر بطلان ما ذكره المصنف من ان العقود المترتبة على مال المجيز لو وقعت من اشخاص متعددة كان اجازة وسط منها فسخا لما قبله واجازة لما بعده على الكشف وان وقعت من شخص واحد انعكس الامر و وجه البطلان اشار انّ تعدد الاشخاص و انفراده ليس ميزانا فى المقام بل المناط هى الملازمة بين المجاز و العقود الآخر و الافيمكن ان يصدر العقد من الاشخاص العديدة ومع ذلك يكون المجاز فقط صحيحا و انكان وسطا كما تقدم نظيره مثل وقوع العقود المتعددة الفضولية على شئ واحد فاجاز المالك الوسط وهكذا من شخص واحد وكذلك ظهر بطلان ما ذكره الشهيد و غيره فى الايضاح و الدروس من انّ العقود المترتبة لو وقعت على المبيع صح و ما بعده و فى الثمن ينعكس فان كل ذلك لا يكون ميزانا هنا كما يظهر وجهه بالتامل .

قوله ثم ان هنا اشكالا فى شمول الحكم لجواز تتبع العقود لصورة علم المشترى بالغصب .

اقول و قد اشار العلامة الى ذلك الاشكال و اوضحه قطب الدين و الشهيد على ما فى المتن فحاصله ان المشترى مع العلم بكون البايع غاصبا يكون مسلطا للبايع الغاصب على الثمن و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع و هكذا لوعلم البايع بكون الثمن غصبا و ان كان المفروض فى كلامهم هو الاول و لكنّه من باب المثال و على هذا فلا ينفذ فيه اجازة المالك المجيز اى المغصوب منه بعد تلفه أى الثمن المدفوع عوضا عن المغصوب بفعل المسلط بان يدفعه ثمناعن مبيع

اشتراه لعدم بقاء الموضوع للعقد الاول ·

نعم لايجرى ذلك مع الجهل فان التسليط هنا غير مجانى ·

و بالجملة انّ ما دفع الى الغاصب مع العلم بكونه غاصبا غير قابل لان يكون ثمنا من مال الغير لانه قد يسلط الغاصب عليه مجانا فبعد ما نقله الغاصب الى الغير بجعله ثمنا او مثمنا قبل ان يجيزه المغصوب منه فلا يبقى موضوع للاجازة لبقاء المغصوب بلاعوض·

وهذا الاشكال مبنى على أن مال المسلط مع العلم بكون ـ البايع غاصبا يكون تالفا من كيسه بعد اتلافه الغاصب ببيع و نحوه لانّه قد أذهب احترام ماله بتسليط الغير اياه فيكون عند التلف تلفا من كيسه ·

نعم مع بقاء العين تصح اجازة المالك البيع الاول ·

نعم يمكن أن يقال بعدم صحة البيع الاول باجازة المالك حتى مع بقاء عين مال المسلط بناء على انّه مسلّط الغير على ماله مجّانا فاذهب به احترام ماله فيكون بذلك داخلا فى ملك الغاصب من الاول فيكون مال المغصوب منه بلا عوض فيبطل البيع فلا تبقى هنا صحة تاهليّة لتكون فعلية باجازة المالك المجيز وعلى هذا لا وجه للقول بانّ اجازة العقد الوسط الواقع على الثمن اجازة لما قبله او اذا وقع العقود المترتبة من اشخاص متعددة صح اجازة العقد الوسط و ما بعده و ان وقعت من شخص صح الوسط المجاز و ما قبله او ما ذكرناه من الميزان الكلّى فى ذلك من انّ اجازة عقد من العقود المترتبة يستلزم اجازة جميع ما يتعلق بها والوجه فى ذلك كله يظهر بالتامل ـ ولكن هذا الاشكال ليس بصحيح لوجوه قد اشار اليه الفخر رحمة اللّه عليه ·

الاول بفساد المبنى بانّه لادليل على كون مال المسلط ملكاً للغاصب مع علمه بكونه غاصبا و ذلك فانّه قد سلّطه على ماله بعنوان البيع لان يكون المعوض له عند اعتبارهم فيكون دليل اليد محكما مع بطلان البيع فيكون المال باقيا على ملك المسلّط فلا يكون علمه بذلك موجبا لتخصيص قاعدة اليد وقد تقدم فى مالا يضمن انّ الملكية العقلائية القائمة باعتبارهم او الملكية عند المتبايعين غير مربوطة بالملكية الشرعية فاقدام المسلّط على المعاملة مع علمه بكون البايع غاصبا لايقدم على تلك المعاملة مجانا بل يسلطه على ما له بعنوان المعاوضة وان لم تكن حاصلة عند الشارع فيكون ما له غير داخل على ملك الغاصب اذن فاذا أجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب على ماله فيكون صحيحا .

و بالجملة بعد ملاحظة اقدام المشترى على المعاملة المعاوضة و عدم تسليطه الغاصب على ماله مجانا بل بعنوان المعاوضته ولو عند العقلاء فلا وجه لتوهم كون المقام خارجا عن قاعدة اليد تخصيصا وكون ماله ملكا للغاصب مجانا .

الثانى ان هذا الاشكال على تقدير صحته انما لا يجرى على الكشف بل يختص بالنقل و ذلك فان منشأ الاشكال انما هو توهم أن المالك سلّط الغاصب على ماله تسليطا مجانيا فلا تصل النوبة الى اجازة المجيز لعدم بقاء الصحة التاهلية للعقد حتى تنضم اليه الاجازة لانه سلط الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد الفضولى الا ان هذا المنشأ غير موجود هنا فان تسليطه الغاصب على ما له تسليط بعد تحقق البيع ولو بعدية رتبية كما فى المعاطات فيكون ذلك وفاء للثمن الذى لزم عليه بالمعاوضة لا انه تمليك مستقل

ليوجب انعدام العقد الاول و سقوطه عن الصحة التاهلية و ليس تسليطه الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد بل مع فرض صحته

نعم بناء على النقل يمكن جريان ذلك الاشكال مع الاغماض عن الجواب الاول فانه بناء عليه قد وقع التسليط قبل اجازة المجيز فمع كونه الغاصب مالكا على ما سلّطه عليه بتسليط المالك لايبقى ـ موضوع للاجازة فانّها متفرعة على كون ما اخذه الغاصب بعنوان الثمن للمغصوب عوضا لذلك فبعد ما كان مالكا لنفسه فلا يكون عوضاً عنه فيبقى المغصوب فى ملك مالكه فيكون الثمن ايضا للغاصب اما مطلقا او مع التلف مع الاغماض عن الجواب الاول ٠

الثالث انه لايتم على النقل ايضا و ذلك لانّ الاجازة و ان كانت بعد التسليط و انّ الملكية و الاستناد انما يحصلان عند الاجازة لاقبلها كما هو المفروض على النقل و لكن التسليط من المشترى انّما وقع بعنوان أن يكون المغصوب ملكا له بالاجازة المتأخرة فيكون التسليط مقيدا بذلك لا انّه وقع مطلقا و على كل تقدير ليكون التسليط مجانيا فاذا كان تسليط المشترى الغاصب على ماله بعنوان المعاوضة بحيث يكون مراعا على اجازة المالك تتم المعاوضة من جميع الجهات فلا وجه لتوهم أن التسليط انّما وقع مجانا و بالجملة أن مقتضى تسلّط الناس على اموالهم هو تبعية تسليط الغير على ماله على قصده و ارادته وغير خفى أن قصد المشترى ان يكون المغصوب مالا له فى مقابل ما يعطيه من الثمن بحيث تكون هنا معاوضة و حيث ان ـ الغاصب ليس مالكا على المثمن فيكون العقد من طرفه فضوليّا فقهرا يكون التسليط مراعا على اجازة المالك لكونه واقعا بقصد المعاوضة فان اجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب فيكون صحيحاً و

الا فيكون مالا للغاصب اما مطلقا او مع التلف مع الاغماض عن الجواب الاول والسّر فى ذلك ان الاجازة ليست بيعاً ليكون التسليط الواقع من المالك اعنى المشترى تسليطا مجانيّا لوقوعه على غير عنوان البيع وخارجا عنه بل انما هى من الاحكام الشرعية الثابتة على الملاك كجواز البيع وجواز الاكل وجواز الشرب وغير ذلك اذن فيكون البيع حاصلا من زمان العقد على النقل ايضا وان كانت الملكيّة والاستناد الى المالك وشمول العمومات من زمان الاجازة فح لا يكون التسليط الحاصل من زمان العقد الا بعنوان البيع وموقوفا على الاجارة فان لم تحصل فيكون مالا للغاصب ٠

وبعبارة اوضح ان منشأ الاشكال ان البيع الفضولى الصادر من الغاصب حيث كان باطلا لعلم المشترى بكونه غير مالك وانّ ما يقع عليه العقد مال مغصوب فيكون تسليط الغاصب على ماله فى ذلك الفرض وبهذا العلم تسليطا مجانياً فلا يبقى موضوع للاجازة لتصحيح البيع الصادر من الغاصب امّا مطلقا لو قلنا لكونه مالكا لما اخذه من المشترى ابتداء او بعد التلف بالنقل الى الغير فى بيع او هبة او نحوهما واذا منعنا ذلك المنشأ وقلنا انّ التسليط ليس على فرض بطلان البيع بل مع فرض صحته التاهلية ولو بكون التسليط على هذا الفرض مراعا على الاجازة فلا وجه حينئذ لتوهم البطلان كما لايخفى وهنا اشكال رابع قد اشار اليه فى الايضاح وحاصله ان المشترى وان سلّط الغاصب على ماله الا انّه متعلق حق الغير من جهة انّ للمالك المغصوب منه أن يجيز العقد الصادر من الغاصب فضولة فيكون مال المشترى ملكا له فى مقابل ماله باجازته لكونه اسبق من الغاصب واولى منه فانّ الغاصب يؤخذ باشق الاحوال

وأخس الاطوار ·

وفيه انّه لامنشأ لاخذ الغاصب باشق الاحوال وأخسّها بل هو كغيره من الضامنين لمال الغير فيكون ضامنا على ما أخذه من الغير غصبا وعدوانا وأما الزائد عن ذلك فليس عليه دليل واما توهم أن مال المشترى متعلق حق المالك المجيز فهى الاجازة ففيه انك قد عرفت مرارا أنّ الاجازة من الاحكام الشرعية مثل جواز البيع وجواز الأكل والشرب فكما أنّ للمالك أن يبيع وأن يأكل وأن يشرب و هكذا له أن يجيز البيع الواقع على ماله وليس ذلك من الحقوق و من هنا قلنا أن الاجازة لاتنقل الى الوارث بالموت أى بموت المالك المجيز وعلى هذا فيمكن ان يكون مال المشترى ملكا للغاصب بالتسليط قبل الاجازة فلا يبقى موضوع اصلا لاجازة المالك ليكون ذلك ثمنا عن ماله كما هو واضح فهذا الاشكال ليس بتمام فى احكام الرد ·

قوله رحمه الله مسئلة فى احكام الرد ·

اقول تحقيق المسئلة فى ضمن جهات الاولى أن هذا البحث انّما له ثمر اذا قلنا بأن العقد الفضولى بعد ما ردّه المالك لاتبقى له صحة تاهليّة لانضمام الاجازة اليها والا فلا اثر له من هذه الجهة وقد تقدم انّه ليس للمالك الغاء العقد عن ذلك و اسقاطه عن قابليته لحوق الاجازة اذن فلا اثر لهذا البحث من هذه الجهة فانّ العقد الفضولى بعد ردّه المالك فقابل لأن تتعلق به الاجازة و يكون صحيحا ايضا بعد الرّد ·

الجهة الثانية فى انّه هل يتحقق الرد بالفعل كما يتحقق بالقول أو لابدّ من تحققه من القول مثل فسخت و نحوه فقال العلامة الانصارى رحمة الله يتحقق ذلك بالقول الصريح و بالفعل مثل الهبة

والعتق والبيع ونحو ذلك من التصرفات الناقلة والمعدمة لعلامة الملكية ولكن شيخنا الاستاذ تقبل الكبرى وامكان تحقق الرد بالفعل لكونه كالقول فى ذلك الا انّه منع الصغرى وعدم امكان تحققه بمثل العتق والهبة والبيع ونحوها والوجه فى ذلك أن هذه الامور لادلالة فيها على رد العقد الفضولى السابق عليها سواء التفت المالك بها حين صدور تلك التصرفات منه أو لم يلتفت بها فيبقى العقد مع ذلك على قابليته الاولية وصحته التاهلية بانضمام الاجازة اليه و لايقاس ذلك بالفسخ بالخيار فانّه ازالة علاقة الملكية فتتحقق بكل ما يكون منافياً لكونه ملكا للغير بخلافه هنا فان الرّد اسقاط العقد عن قابليته لحوق الاجازة به فلا يتحقق الا بما يكون صريحا فى ذلك و فيه ان ما ذكره هو والمصنف من الافعال كالعتق والهبة و البيع ونحوها لايتحقق بها الرّد الا انّ الافعال غير مضرّة بها بل يمكن ان يتحقق ذلك بالاشارة والكتابة بان يسئله احد هل رددت العقد فيشير برأسه على ذلك او يكتبه ٠

وبالجملة انّ ردّ العقد كامضائه بل كانشائه من الامور المتوقفة على الانشاء والابراز فيتحقق بكل ما يكون قابلا لذلك ٠

ثم بعد عدم تحقق الرد بالتصرفات الناقلة فاذا باع المالك ماله الذى وقع عليه العقد قبله فضولة أو وهب أو كان عبدا فعتقه ثم اجاز البيع السابق الفضولى فهل تصح ذلك الاجازة بحيث يكون تلك التصرفات الناقلة باطلة او يجب عليه أداء بدله أتكون الاجازة باطلة والتصرفات صحيحة أو يفصّل بين القول بالمشف فنقول ببطلان التصرفات وبين القول بالنقل فنقول ببطلان الاجازة وجوه و قد

فصّل المصنف بين القول بالكشف الحقيقى و بين القول بالنقل ٠

وقال ان صحة الاجازة توجب بطلان التصرفات فلو كانت التصرفات صحيحة لمنعت عن صحة الاجازة فاذن تكون صحة الاجازة مع صحة تلك التصرفات متناقضة فانه لايمكن الالتزام بصحة كلتيهما والا فيلزم الحكم بكون المالك المجيز مالكا لثمنين بل لابدّ اما من القول ببطلان التصرفات أو القول ببطلان الاجازة أو القول بكون ما فعله المالك المجيز من التصرفات محتاجا الى اذن المشترى لكونها واقعة على غير وجهها فاشار المصنف الى الاول بقوله أو البطلان و الى الثانى بقوله من امتناع الاخير والى الثالث بقوله أو ايقاعه على غير وجه فحيث أن الملكية حاصلة من حين العقد لتأثيره فيها على الفرض كما هو مبنى القول بالكشف فتكون التصرفات باطلة و تكون الاجازة صحيحة وكاشفة عن وقوع تلك التصرفات فى ملك الغير وأما على النقل او الكشف الحكمى او الكشف الذى ذكرناه فلا تصح الاجازة بل تصح التصرفات الصادرة من المالك المجيز وذلك فانها وقعت فى ملكه و لم تبق موضوعا للاجازة فانها انّما تصح من المالك لو لا الاجازة لا من كلّ احد حتى من الجبران فلم تبق المالك الى زمان العقد على هذه الصفة ٠

ولكن الظاهر أن الاجازة تكون باطلة مطلقا وانّما التصرفات تكون صحيحة حتى على القول بالكشف الحقيقى باخذ الاجازة معرفة محضة فانك عرفت أنّ المؤثر فى العقد الفضولى ليس هى الاجازة المطلقة وان صدر من الاجانب بل انما المؤثر منها هو الصادر من المالك لو لا الاجازة فاذا تصرف المالك المجيز بين العقد و الاجازة

على نحو أوجب ذلك خروجه عن المالكية وصار بالنسبة الى ذلك المال كأحد الأجانب فتكون اجازته ملغاة وتصح تصرفاته فانّها لا- تبقى مجالا لكون الاجازة صادرة من المالك لولا الاجازة فانّه وان قلنا بالكشف ولكن ذلك انّما هو بالاجازة المتأخرة والاجازة المتأخره انّما تصح مع بقائه اى المالك على صفة المالكية على النحو الذى كان عليه حين العقد فحيث انه لم يبق على تلك الصفة فتكون اجازته لغوا فاذا لغت الاجازة فلا تكشف عن الملكية من حين العقد بل يرتفع ما يكون موءثرا فيها ويسقط عن الصحة التأهلية وهذا هو السر فى عدم صحة العقد الفضولى باجازة المالك بعد تلك التصرفات المنافية وبعبارة اخرى انّا نقول بالكشف من جهة أن أوفوا بالعقود يوجب اسناد البيع الواقع فضولة الى المالك من حين العقد ويكون البيع بيعه وبعد ما انتقل المال قبل تحققها الى الغير وخرج عن كونه مالكا واستند اليه بيع آخر قبل الأجازة فى هذا المال بدليل الوفاء لايبقى مجال لاستناد بيع آخر فى هذا المال اليه بدليل الوفاء وغيره وان قلنا ان الاجازة انّما هى يتعلق بالعقد كما هو كذلك ولكن يتعلق بالعقد فى مورد قابل وفيما يكون العقد واقعا على ملكه وباقيا على هذه الحالة الى زمان الاجازة ليكون مالكا الى زمانها حدوثا وبقاء وهو بعد ـ تلك التصرفات لايكون قابلا لاسناد البيع الفضولى الى نفسه بحيث يكون اسناده ذلك لنفسه بالاطلاقات موجبا للاسناد السابق عليه بتلك الاطلاقات .

وتوهم ان الاجازة توجب عدم صحة تلك التصرفات المتخللّه بين العقد والاجازة وبقائها اى العين المبيعة فى ملكه فاسد

لكون ذلك دوراً واضحاً حيث الاجازة تتوقف على الملك فلو توقفت الملكيّة على الأجازة ومحققة بالاجازة فيلزم الدور.

والحاصل ان التصرفات الواقعة بين الاجازة والعقد على اقسام

الاول أن تكون منافية للبيع السابق الواقع على العين فضولة كما اذا باعها أو وهبها للغير أو عتق اذا كان عبدا أو أمة وهكذا فانّها منافية لصحة البيع الفضولی بالاجازة وهذا القسم لا شبهة فی کونها موجبة لبطلان اجازته المتأخرة وذلك مضافاً الى ما تقدم أنك عرفت فی بعض المباحث المتقدمة ان العمومات والاطلاقات انّما هی خطاب للملاك وأن الوفاء بالعقد يكون متوجهاً الى عقدهم لا الى عقد غيرهم وانّ المراد من حليّة البيع وتجارة عن تراض حلّية بيعهم وتجارتهم المراضاتية وعلى هذا فحين ما وقع العقد على المال فليس العقد عقدا لمالكه وبيعا له لفرض صدوره من الغير فضولة وحينما يكون العقد الصادر من الغير فضولة متعلقاً على ماله ليس عقداً له وبيعا مستنداً اليه وحينما يكون بيعاً له ومستنداً اليه بالاجازة ليس عقدا للمالك لفرض خروج المبيع عن ملكه فتكون أجازته ذلك العقد كاجازة الاجانب فلا تترتب عليها أثر بوجه.

وبالجملة لانعقل وجها لشمول العمومات على ذلك بعد اجازته اذن لانعقل وجها لصحة ذلك العقد ولا يفرق فی ذلك بين الكشف باقسامه حتى على معرفية الاجازة والنقل كما هو واضح نعم على النقل أوضح وعلى الكشف الحكمی واضح وسلّمنا شمول العمومات على ذلك بالاجازة ولكن تخرج عن ذلك بدليل المخرج فانّ مقتضى بعض الروايات المتقدمة هو عدم جواز بيع ما لا يكون مالكاً عند البيع

كقوله عليه السلام لاتوجب قبل الاستيجاب ولاتبع قبل الشراء وغير ذلك من الروايات فانّ الظاهر منها انّ من شرائط صحة البيع ان يكون البايع مالكا عند وقوع البيع عنه سواء كان ابتداء او بالاجازة فحيث ان المالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالك فلايكون بيعه المستند اليه بالاجازة صحيحة فتكون تلك الروايات مخصّصه لتلك العمومات على تقدير شمولها لذلك كما هو واضح ومن قبيل تلك التصرفات الناقلة تزويج الأمة للغير من المالك فانّ هذا لايبقى مجالا لاجازة تزويجها الواقع فضولة لانّ المزوجة لاتكون زوجة واما التصرفات الغير المنافية للعقد السابق الفضولى فهى كالاستيلاد والاجارة و تزويج الأمة فقال المصنف انّها وان لم تخرج الملك عن قابلية وقوع الاجازة عليه الا انّه مخرج له عن قابليّة وقوع الاجازة من زمان العقد لانّ صحة الاجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطلة واذ فرض وقوعها صحيحة منعت عن الاجازة فهذان لايجتمعان.

اقول أما الاستيلاد فالظاهر أنه لاحق بالقسم الاوّل حتى على الكشف فانّ زمان الاجازة هو زمان كون البيع بيعا للمجيز واذا كان من شروط البيع أن يكون المبيع غير أم ولد كما هو كذلك على مايظهر من الادلة فلا يكون بيعه هذه المتحقق بالاجازة صحيحا وانكان لم يكن كذلك حين وقوع العقد عليه لم تكن أم ولد فانّ البيع يقع فى حال الاستيلاد نعم لوكان عدم الاستيلاد قيداً فى المتعلق كعدم كونه خمراً مثلا فيكون البيع صحيحا فانّ المجيز انّما يجيز البيع الواقع من الفضولى من زمان وقوعه ولاريب أن متعلقه فى ذلك الزمان ليس بأم ولد وانّما حصل الاستيلاد بعده وان كان المتعلق أم ولد

فى زمان الاجازة فانّه ليس بمناط ٠

وأما الاجازة فهى تارة تكون منافياً لما فعله الفضولى فلايعد ذلك أجازة وأخرى لاتكون منافية فانّه تارة تكون الفضولى قد آجر داره من الغير من مبدء سنة الى منتهى السنة ثم آجرها المالك فى تلك السنة كذلك أى من المبدء الى المنتهى ثم يجيز ذلك العقد الفضولى فانّه لايصح لمنافات العقد الصادر من المالك مع العقد الصادر من الفضولى لان الثانى لايبقى موضوعا لاجازة الاوّل لعدم بقاء المورد على تمليك المنفعة بالاجازة بعد تمليكه لها ابتداء بعقد الاجازة فتكون اجازته العقد الاول كاجازة الاجانب فلاتشمله العمومات فانه عند العقد لم يستند اليه ولم يكن العقد عقده وحين الاجازة لم يكن مالكا للمنفعة لتفويتها بالاجارة ٠

وبالجملة انّ المالك وان كان قد تصرف فى العين بالمنفعة الغير المخرجة عن الملكية ولكن مع ذلك التصرف فى المنفعة لم يبق موضوعا للعقد الاول فتكون اجازة ذلك باطلة لعدم كون المجيز مالكا لواجازة وان لم يكن على نحو ليكون منافيا للعقد الفضولى فلاتكون الاجازة باطلة كما اذا باع الفضولى دار المالك وقبل ان يجيزها المالك يوءجرها من الغير ثم يجيز البيع الفضولى ففى هنا لايتمّ كلام المصنف لعدم منافات العقد الصادر من الفضولى مع العقد الصادر من المالك فانه لوكان هو بنفسه يوءجرها ثم باعها من الغير لم يكن باطلة لعدم منافات البيع مع الاجارة لكونه واقعا فى محلّه وصادراً من اهله وهكذا اذا تحقّق البيع بالاجازة ايضا فانّها صادرة من اهلها وواقعة فى محلّها اعنى البيع فيكون صحيحا لصحة الاجازة من -

أهلها غاية الامر انّ المشترى قدكان اشترى تلك الدار بشرط المنفعة وقد صارت مسلوبة المنفعة فى مدة فظهر العيب فى العين المبيعة فيثبت له الخيار وأما البطلان فلا وهذا نظير سكون المالك فى تلك الدار بين العقد والاجازة فانّه على الكشف كانت تلك المنفعة للمشترى وقد استوفاها المالك وفوتها عليه فلا يمكن له ان يجيز البيع حتى مع تلك المنافع لخروجها عن الملك وصيرورتها بالنسبة اليها كالاجانب فلابدّ ان يخرج من عهدة تلك المنافع ومع ذلك يثبت للمشترى الخيار فتحصّل انّ عقد الاجارة الواقعة من المالك فليس مطلقا على نحو لاتبقى مجالا للعقد الاول الفضولى وتكون منافية لصحة التاهلية وتكون موجبة لخروجها عن قابلية الاجازة به وكونه صحيحا بالاجازة كما لايخفى ومن هنا ظهر حكم ما لو باع الفضولى امة المالك ثمّ زوّجها المالك من الغير فانّ ذلك لايوجب بطلان اجازة العقد الاول غاية الامر يكون المشترى مختارا فى الرضا بعقد البيع وفسخه وذلك من جهة ان التزويج لاينافى البيع حتى اذا صدر كلا الامرين من شخصه لامكان كونها ملكا لاحد وزوجة شخص آخر وانّما المنافات فيما يكون العقد الاول تزويجا مثل العقد الثانى فانّه حينئذ لايبقى العقد الثانى موضوعا للاول لانّ المزوجة لايتزوج .

بقى الكلام فى الرهن فهل يمنع ذلك عن الاجازة البيع السابق المتعلق بالعين المرهونة فضولة أولا يمنع وقد اختار شيخنا الاستاذ الاوّل وقال ان رهن غير المديون انما يصح اذا رهنه نفس المالك بالمباشرة أو بالاذن منه وأما اذا رهنه غيره فاما ان يبطل الرهانة وأما الاجازة والمفروض صحة الرهن فلا محل للاجازة .

و لکن کلامه هذا مبنی علی النبوی المعروف الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف فانه بناء علی هذا لاتصح اجازة البیع السابق المتعلق بالعین المرهونة لکونها تصرفاً فیکون الراهن ممنوعامن ذلك کما هو المشهور و من هنا قالو أنّ من جملة شرائط العوضین ان لا یکونا مرهونین و أما اذا منعنا عن ذلك کما هو الحق لضعف النبوی وعدم انجباره بعمل المشهور فلا مانع من مثل هذه التصرفات الغیرالمنافیة للرهانة الغیر الموجبة لزوالها جائزة وأما التصرفات الموجبه لزوالها فلا تجوز وحیث انّ بیع الراهن العین المرهونة لاینافی الرهانة لبقاء الوثیقة علی حالها فلا مانع من أجازة البیع السابق الوارد علیها قبل الرهن فانّ غایة الامر أنها تکون مالا للغیر فلا مانع من رهن مال الغیر باجازته لجواز ذلك بلا شبهة اذن فلا مانع من اجازة الراهن البیع السابق الفضولی وصحته بها لکونها ای الاجازة صادرة من اهلها اعنی المالك لولا الاجازة ویکون البیع بها واقعا فی محلّه ٠

و بالجملة معنی الرهانة هوکون العین المرهونة وثیقة عند المرتهن و هذا المعنی حاصل فیما یکون الراهن من اموال غیرالراهن ایضا فان المرتهن عند وفاء الراهن دینه یبیع ذلك و یستوفی دینه وعلی هذا فلا مانع بعد الرهن أجازة العقد ایضا غایة الامر یکون للمشتری الخیارفان المبیع لیس ملکا له بل هو فی معرض التلف مضافا الی کونه ممنوعا من التصرف فیه لاحتمال ان لایقدر الراهن علی اداء دینه و یبیعه المرتهن فیستوفی دینه ٠

و الحاصل ان الفسخ انّما یتحقق بالفعل کما یتحقق بالقول بناء

على كون الرد موجبا لسقو العقد الفضولى عن قابلية لحوق الاجازة به وعن صحة التاهلية ثم ان الافعال على اقسام قسم منها يوجب و خروج الملك عن تحت مالكه لكون تلك الافعال تصرفات ناقلة وذلك كالعتق والهبة والبيع و تزويج الأمة بعد تزويبها فضولة ويلحق بذلك الاستيلاد كما عرفت وقد عرفت السرّ فى ذلك بانّ الاجازة انمّا تؤثر فى العقد اذا كانت صادرة ممّن يكون مالكا لو لا الاجازة فالمالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالك حال الاجازة لو لا الاجازة ولكن لابدّ وان يعلم انّ معنى تحقق الرد بها ليس اسقاط العقد عن قابلية لحوق الاجازة به وكونه ساقطا عن الصحة التاهلية كما يظهر من المصنف بل معنا سقوط المالك المجيز عن قابلية الاجازة فانه ليس بمالك ان يجيز والاجازة لابدّ وان تصدر من المالك لولا الاجازة كما عرفت فانها لاتدلّ على ردّ نفس العقد و سقوط نفسه عن الصحة التاهلية كما يدلّ الرد المتحقق باللفظ على ذلك ٠

و يترتب على ذلك انّه اذا لم يسقط العقد عن تلك القابلية و قلنا بأنّه لم يشترط ان يكون المالك المجيز حال الاجازة مالكا حال العقد فى العقد الفضولى كما تقدم اختياره من المصنف وان لم نقبله فللمنتقل اليه اى من انتقل اليه المال من المالك اصالة ان يجيز العقد السابق و يأخذ الثمن من المشترى كما كان للوارث اجازة العقد الواقع على مال مورّثه فضولا بناء على المسلك لمتقدم نعم فى مثل العتق و تزويج المولا أمته من الغير بين عقد التزويج الواقع عليها فضولا و بين الاجازة لايمكن بقاء العقد على قابلية التاهلية فانّه بالعتق يزول موضوع البيع الفضولى و متعلقه فلا تصح أجازة البيع

العبد المعتق لامن المالك لعدم كونه مالكا بل لايقدرعلى تملكه اصلا لانّ الحرّلايصبرعبدا ولا من غيرالمالك المعتق لعدم انتقاله اليه بالعتق مثل البيع ونحوه فانّ العتق فك ملك لانقله الى غيره وكونه مالا له ليمكن له اجازة العقد السابق فلاجل ذلك فقهراً يسقط العقد السابق ايضاعن قابلية لحوق الاجازة بها ٠

لايقال انّ العتق كغيره من التصرفات المنافية لايوجب خروج العقد عن قابلية لحوق الاجازة به وانّما يوجب كون المعتق غير قابل لذلك فلا مانع من بقاء العقد على قابلية التاهلية اذن فيمكن تعلق الاجازة به حينما صار الحرّعبداً فيما اذا امكن كما اذا ارتدّ ثم صار اسيراً للمسلم فله أن يجيز ذلك العقد كالوارث ٠

فانه يقال وان كان فى الوارث ايضا ملك جديدوليس اشكال من هذه الجهة ولكن العقد فيه لم يخرج فى زمان عن القابلية التاهليّة للصحة وانّما استمرت تلك القابلية فى عمود الزمان لاستمرار الملكية وهذا بخلافه هنا فانه لم تستمر الملكية هنا فى زمان الحرّية وخرج انعقد فى هذه الزمان عن القابلية وبطلت لذلك وبعد صيرورة الحرّ عبداً يحتاج عود تلك القابلية على دليل فلايمكن تصحيح ذلك البيع الواقع عليه فضولا بالاجازة وتوهم شمول العمومات عليه ومن هنا ظهرانه لافرق فى تحقق الرد بالمعنى المذكور بين صدور تلك التصرفات حال الالتفات أوفى غيرحال الالتفات فانّ المناط فى تحققه هوسقوط المالك المجيزعن قابلية الاجازة وكون القصور فى ذلك من قبله ولايفرّق فى ذلك بين الحالتين ولايكون الجهل مانعا عن عدم تأثيرتلك التصرفات فى سقوط المالك عن قابلية

الاجازة لانّ حصول تلك المناط غير متوقف على العلم و القصد ليمنع عن الجهل ·

و اما الاجازة و الرهن فقد عرفت انهما لايمنعان عن بقاء قابلية العقد عن لحوق الاجازة المالكية بها كما لايمنعان عن بقاء قابلية مالك المجيزعن أجازتهما لان الرهن و الاجازة فى بعض اقسامهما كما عرفت لاينافيان العقد السابق الفضولى ليوجب تحققها انعدام قابلية لحوق الاجازة به وكونه ساقطا عن الصحة التاهلية ·

قوله بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافية لملك المشترى من حين العقد ·

اقول و أما التصرفات الغير المنافية لاجازة البيع فقد فصّل المصنف بينما يكون المالك حين تصرفه ملتفتا بالعقد السابق الفضولى فيكون تصرفه بمثل ذلك رداً للعقد السابق و بينما لايكون ملتفتا بالعقد فلا يكون مثل تلك التصرفات رداً للعقد السابق ·

و أما الثانى فقد أفاد فى وجهه بان الرد كالاجازة يحتاج الى القصد فبدونه لا يتحقق فحيث ان غير الملتفت ليس له قصد الى الرد فلا يتحقق بفعله ذلك ايضا لعدم كونه هذا انشاء للرّد فلا يكون منافياً للاجازة اللاحقة و بعبارة اخرى ان اللازم فى تحقق الرّد تحقق عنوانه وكون الفعل بالحمل الشايع رداً لا ان مجرّد صدور الفعل يكون رداً كما هو واضح و ليس ذلك مثل الطلاق ليكون انكاره رجوعا و ان لم يكن المنكر ملتفتا بذلك كما هو الظاهر من الفقهاء ومن اطلاق كلامهم فانّ لازم معنى الانكار هو ادعاء انها زوجته فيكون ذلك رجوعا و امّا فى صورة الالتفات فافاد انّ مثل تلك التصرفات كتعريض المبيع

للبیع او المعاملة علیه بالبیع الفاسد اوغیر ذلك ممّا یصد منه مع العلم بتحقق بیع السابق الفضولی لی علی ذلك المبیع فیکون ردآواستدل علیه اولا بالاخبار المتقدمة من قوله ان شاء ترك و ان شاء فعل و غیرها ممّا ورد فی نکاح العبد و الامة بدون اذن السید الی غیر ذلك ما یدل علی ان للمالك الرّد للعقد الفضولی فلا شبهة فی صدق الرد علی مثل تلك التصرفات و أجاب عنه بما هو متین جدا و حاصله أن غایة ما یستفاد منها هو ان من له العقد او مالك العبد و الامة له اجازة العقد و له رده واما ان الرّد بای شئ یتحقق فلیست فیها تعرض الی ذلك و دعوی صدق الرّد علی تلك التصرفات مصادرة وکذلك دعواه ان المجیز بعد صدور تلك التصرفات منه یصیر اجنبیّا عن احد طرفی العقد فلا یوءثر اجازته فی العقد السابق فانّ هذا ایضا مصادرة و دعوی کون المجیز بعد تلك التصرفات مثل من صدر منه الرّد القولی ایضا اول الکلام و مصادرة واضحة والعمدة مایستدل به ثالثا من فحوی الاجماع المدعی علی حصول فسخ ذی الخیار بالفعل کالوطی و البیع و العتق فان الوجه فی حصول الفسخ هی دلالتها علی قصد فسخ البیع و بعبارة اخری ان فسخ العقد فی العقود الخیاریة رفع ورد العقد الفضولی دفع ولاریب أن مئونة الرفع اکثر من مئونة الدفع فاذا کان امثال تلك التصرفات رفعاً فتکون دفعابطریق اولی

وفیه أنه قد تقدمت الارشارة الی جوابه فی صحیحة محمد بن قیس و توضیح ذلك ان فی العقود الخیاریة قد صار المبیع ملکا للمشتری وصار من جملة امواله فلا یجوز لغیره التصرف فیه بوجه غایة الامرأن البایع بما انّ له الخیار فیجوز له فسخ العقد و یتصرف فی ذلك بعد

فسخه هذا فاذا تصرف فى ذلك المبيع تصرفا لا يجوز لغير المالك أو يكون فى نظر العرف ممّا يكون من آثار الملك فبالملازمة يدل ذلك على فسخ العقد ليكون تصرفه هذا واقعا فى محلّه و صادراً من اهله و هذا بخلاف المقام فانّ المالك ما لم يجز العقد فالمال ماله و طبع المطلب يقتضى جواز تصرفاته لكونه مالكا و تصرفه واقعا فى ماله و كيف يقاس ذلك بالفسخ فى العقود الخيارية فلا يدل تصرفاته هذه على وقوع الرّد بها بل تقدم أن التصرفات المنافية للعقد السابق الفضولى لا تدلّ على الرّد بل على سقوط المالك عن القابلية لاجازة العقد وكيف بالتصرفات الغير المنافية لذلك العقد ٠

و بالجملة فمجرّد كون الفسخ رفعا و الرّد دفعا لا يدل على تحقق الرّد بمثل تلك التصرفات فى باب رد العقود الفضولية بل بالتصرفات التى اقوى منها كما تقدم و أما الوطى فهو لا يدلّ حتى على الفسخ فى العقود الخيارية ايضا لامكان كونه زناً منه فلا يدل على ذلك و حمل فعل المسلم على الصحة لا يوجب كون الوطى موجبا لتحقق الفسخ به فان مفهوم الوطى ليس منافياً لمفهوم البيع حتى لا يمكن الجمع و يحكم بالفسخ هذا بخلاف مفهوم البيع فانه مناف للبيع فانه لابدّ و ان يكون البيع نفسه ان يكون واقعا على ملكه و بعد ما باع ماله من الغير لا يتحقق ذلك المفهوم و الحكم بالصحة راجع الى حكم الوطى وكذلك لا يدل على الرّد هنا نعم يكون رجوعا فى المطلقة رجعية حتى مع قصد الزنا لكونها زوجة حقيقة ٠

بقى الكلام فى انّ مثل تلك التصرفات هل تنافى العقود الجائزة أم لا كما أذا أوصى شيئا من أمواله لاحد ثم عرضه الى البيع أو وكّل

احدا فی بیع داره ثم أوقع علیه بیعاً فاسداً اوعرضها علی البیع فهل یوجب ذلک بطلان الوصیة و فسخ عقد الوکالة أم لافقد ظهرمما ذکرنا عدم دلالة شئ من ذلک علی فسخ العقد فان طبع کون شخص مالکا علی شئ یقتضی ذلک الا ان یبقی موضوعا للوکالة و الوصیة کما اذا باع الموصی به أو باع ما وکل شخصا فی بیعه فانه لایبقی حینئذ موضوع للوکالة و الوصیة کما هو واضح ٠

قوله :

رحمه اللّه ٠

مسئلة لو لم یجز المالک فان کان المبیع فی یده اقول اذا عرض العقد الفضولی للمالک فان أجاز فیاتی فیه ما تقدّم من التفصیل و ان رد فان کان العین عند مالکها فلا کلام لنا فیه و ان کانت عند البایع او المشتری وکانت باقیة فیرجع الیهما و هکذا الامر فی الایدی المتعاقبة فله الرجوع بای منها شاء و الا فعلی البایع قیمتها کما هو مقتضی الید و السیرة المستمرة و قد تقدم فی المقبوض بالعقد الفاسد أن المالک یرجع علی القابض وکذلک المغصوب علی الغاصب بقیمة یوم الدفع بحسب القواعد و لکن مقتضی صحیحة أبی ولاد أن یرجع الی قیمة یوم الغصب وکذلک فی المقام سواء کان البایع الفضولی غاصبا اوغیر غاصب ثم اذا قلنا بالضمان باعلی القسیم فیکون مبدء اخذ ذلک بالنسبة الی کل ضامن زمان دخول العین تحت زمانه فیکون البایع الاول ضامنا من اول وضع یده علیها الی زمان دفع القیمة حتی اعلی القیم عند دخولها تحت الایدی المتاخرة و هکذا کل شخص یضمن ذلک من زمان وضع الید الی زمان دفع القیمة و

الوجه فى ذلك انّ بمجرّد وضع اليد عليها ثبت ضمانها عليه الى ان يؤديها الى مالكها و هذا المعنى مسمر الى زمان الدفع و منحلّ الى ضمانات عديدة فيؤخذ الاعلى القيم من جميع تلك الضمانات وأما الاشخاص المتأخرة لا يضمنون على الاعلى القيم قبل الاخذ فلو كانت العين فى يد البايع الاوّل يحاذى بخمسة و باعها من المشترى وصارت عنده يحاذى بعشرين ثم نزلت قيمتها الى اربعة و باعها من الآخر كذلك و ترقى قيمتها عنده الى خمسين ثم نزلت الى عشرة فباعها كذلك الى الآخر فهذا الشخص الاخير لا يضمن الا على العشرة لانه لم يأخذ زايداً عن ذلك ولم يدخل غيره تحت يده ليكون ضامناً عليه بمقتضى اليد او بالسيرة وأما السابقين عليه كلهم يضمنون بخمسين فانها فى عهدتهم من زمان وضع اليد الى حين الخروج من العهدة ولو كان عند الاوّل بخمسين وعند الثانى بعشرين و عند الثالث بعشرة و عند الرابع بخمسة فلا يضمن بالخمسين الا الاوّل و لاخير بالخمسة و الثانى بالعشرين و الثالث بعشرة لعين ما عرفت و اذا رجع المالك على الاول فبها و ان رجع على واحد المتأخرين فيأخذ الناقص من سابقه الى ان يأخذ بقية القيمة من البايع الاوّل وعلى ما ذكرناه قد اشار المصنف بقوله ولو كان قبل ذلك فى زمان آخر و فرض زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الاخير اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه وكذلك يضمن البايع و المشترى الى ان ينتهى الى الاخر بالمنافع ايضا كما هو مقتضى اليد و السيرة اما المستوفات فبلا شبهة وأما المنافع الغير المستوفات على اشكال فقد تقدم الكلام فى ذلك تفصيلا و بالجملة حكم المنافع فى الضمان حكم الضمان

بالعين على النحو الذى تقدم فى الضمان بالعين ·

وأما الصفات التى تزول بعد وجودها كما اذا كانت العين وقت وجودها عند البايع فاقدة لصفة وحدثت بعد انتقالها الى الثانى او الثالث بان كانت مهزولة ثم صارت سمينة أوكانت عبدا غيركاتب ثم صارعبداً كاتباً وتعلم الكتابة فهل يكون السابق الذى وضع يديه بها مع عراء تلك الصفات يكون ضامنا بها ايضا كضمانه باعلى القيم ولو فى يد اللاحق وبالمنافع المستوفات وغيرها الجامع مطلق المنافع الفائتة أم لا يضمن بالصفات الا من حدثت تحت يدها فاختارشيخنا الاستاذ الاول وان كل سابق يضمن بالعين وبجميع شئونها من المنافع والصفات ولوكانت حاصلة فى يد اللاحق أوفاتت فيها كما هو مقتضى اليد فان العين حين اتصافها بصفة الكمال كانت فى عهدة الضامن الاول فيضمنها بجميع شئونها نعم لوكانت حاصلة و فائتة فى يد السابق فقط لايضمنها اللاحق ولكن الظاهر ان السابق لايضمن الصفات الحاصلة فى اليد التالية وانما الضامن لها ليس الا من حدثت الصفات تحت يدها وذلك فانّ مقتضى اليد او السيرة ليس الاضمان البايع الاول سواء كان غاصبا اولا بالعين مع الحيثيات القائمة فيها فهذه الحيثية بالنسبة الى المنافع موجودا فى العين فانها متصفة بالفعل بحيثية الانتفاع بها وقابلية استيفاء المنافع منها بالفعل وهذا بخلاف الاوصاف فان العين وان كانت لها قابلية السمن وقابلية تعلم الاوصاف الكمالية ولكن حيثياتها الفعليه بحيث لواراد ان ينفع الضامن من العين بهذه الصفات لامكن غيرموجودة فيها بالفعل فلا يشمل دليل اليد الا لمن تكون حدوثها عنده فقط

دون السابق عليه و دون اللاحق به كما هو واضح ٠

وعلى هذا فلو سمنت ثم هزلت أو تعلم العبد الكتابة ثم زالت عنه ذلك فيضمنها من حدثت تلك الصفات فى تحت يده و تلفت عنده ولو انتقلت العين الى غير من حدثت الاوصاف عنده و تلفت لديه ضمن العين مع تلك الصفات من حدثت الاوصاف تحت يده و من تلفت عنده معا ايضا ٠

و بالجملة نحن نتبع فى الحكم بالضمان بدليله فباى مقدار اقتضى نتبعه و الا فلا هذا كله حكم المالك مع الغاصب و المشترى وأما حكم المشترى مع الفضولى فيقع الكلام فيه تارة فى الثمن و اخرى فيما يغرمه للمالك فهناك مسئلتان كما فى المتن امّا الاولى ان المشترى تارة يكون جاهلا بكون البايع الفضولى فضوليا أوغاصبا و- اخرى يكون عالما به أما الاول فتارة يعترف المشترى بكونه مالكا بالعين و أخرى لايعترف وعلى الثانى فيرجع على الفضولى لثمن سواء كان تالفا أو باقيا لغروره اياه وعلى الاول تارة يكون اعترافه عن علم واعتقاد بان المبيع مال البايع وعليه فلا شبهة فى عدم رجوعه الى البايع فانه بمقتضى اعترافه قد يكذب البينة التى اقامتها المالك على كونه مالا له فيكون اعترافه على نفسه فيأخذ المالك المال بعد اقامة تلك البينة فلا يرجع المشترى الى المالك على حسب اعترافه و أخرى يكون اعترافه مستندا الى اليد فهذا الاعتراف لا يوجب اخذ المعترف به لزواله بزوال مدركه بأقامة المالك البينة على ان المال ماله لكونها مكذبة لليد وكاشفة فى الظاهر عن كونها اى اليد يدعدوان وغصب و انّما استملكت مال الغيرعن غيرحق و ان كان فى الواقع محقاً ولو

ترد د اعترافه بین کونه مستندا الی الاول او الی الثانی فهل حکمه حکم الاول فیلحق به او الثانی ذکر المصنف ذلك و لم یرجح أحد الطرفین و لکن الظاهر ان یلحق ذلك بالید فان الغالب بل الظاهر من المشترین یشترون و یستندون الی الید و لذا لو سئلو عن ذلك فیجبو بذلك و انه کان مال فلان لکونه فی یده ٠

و الدلیل علی ذلك ان الحجج الشرعیة لاموجب لرفع الید عنها الا بحجة اخری فالبینة القائمة علی أن المبیع للمدعی دون البایع من الحجج الشرعیة و انما نرفع الید عنها هنا بواسطة اقرار المشتری علی ان المال للبایع مستندا فی اقراره هذا الی العلم فانه یؤخذ باقرارکما عرفت فلا یثبت له الرجوع الی البایع بمقتضی البینة القائمة علی أن المال للمالك دون البایع لکون اقراره هذا حجة و أما فیما لم یثبت ذلك الاقرار و لا علم لنا فی کونه مستندا الی العلم الوجدانی لیکون اقراره قابلا لأخذ مقره به بل یمکن مستندا الی الیدفلا موجب لرفع الید به عن البیّنة و الا یلزم رفع الید عن الحجة بغیرها و یکفینا الشك فی ذلك ایضا لانه لایمکن رفع الید عن الحجة بامر یحتمل کونه حجة قائمة علی خلافها ٠

قولـــه و ان کان عالما بالفضولیة ٠

اقول : لا اشکال فی انّه مع بقاء العین لابدّ من ردها الی صاحبها و هو المشتری و لایفرق فی ذلك بین کون المشتری عالما بالفضولیة او لم یکن عالما بها فانّه انّما اعطی الثمن للبایع علی ان یکون المثمن له ولو مع علمه بکونه غیر مالك فاذا لم یترتب علی ذلك الاعطاء ذلك الغرض فیکون الثمن باقیا فی ملکه و توضیح ذلك یظهر

بذكر ما ذكره المصنف وقد استدل على كون العين باقية فى ملك المشترى على تقدير البقاء بوجوه الاول انه لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا بيان ذلك ان النقل والانتقال لابدّ له من سبب شرعى فما لم يحصل فلا مقتضى لذلك وهذا متين خصوصا بضميمة ما ذكره اخيرا من كونه أكلا للمال بالباطل لما تقدم سابقا انها ناظرة الى الاسباب وحصر اسباب التجارة بالتجارة عن تراض فان المراد من الاكل هو التملك دون الازدراد وان اسباب ذلك الملك هى التجارة عن تراض كما هو واضح وبالجملة أكل البايع الفضولى الثمن ولو مع علم المشترى بعد مالكية بلا مقتضى وسبب وأكل للمال بالباطل

الوجه الثانى ما اشار اليه بقوله ومجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسد لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله وفيه انّه يردّ عليه ما أفاده بعد أسطر من الفرق بين المقام وبين المقبوض بالعقد الفساد فان فى المقبوض بالعقد الفاسد ان الشارع قد منع عن مضى ذلك العقد وتاثيره فى النقل والانتقال مع كون بناء المتعاقدين على ذلك وحصول الضمان الخاص المعاملى فاذا لم يحصل ذلك الضمان الخاص من ناحية عدم امضاء الشارع فيكون اقدامهما على الضمان الحقيقى فيكون كل من البايع والمشترى ضامنا لما اخذه من صاحبه وهذا بخلاف المقام فان دفع المال الى البايع الفضولى سواء كان غاصبا أو غير غاصب ليس الا كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع وتسليطه على أتلافه فى أن ردّ المالك لايوجب الرجوع الى هذا الثالث فالقياس باطل.

الوجه الثالث ما اشار بقوله ولان الحكم بصحة البيع لو اجاز

المالك كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فان تملكه البايع قبله يلزم فوات محل الاجازة لان الثمن انّما ملكه الغير فيمتنع تحقق الاجازة ثم أمر بالتامل وفيه انه قد تقدم سابقا انّما هو متفرع على البيع وبعد تحققه يسلط المشترى البايع على ذلك فاما على الكشف فواضح اذ الملكية انّما حصلت من زمان العقد فالتسليط انّما هو تسليط المالك على ملكه ومتفرع على ذلك الملكية الحاصلة بالعقد من حين العقد .

وأما على النقل فلا يبعد أن يكون التسليط مراعا بحصول الملكية بالاجازة المتأخرة من المالك فان أجاز فيكون الثمن له فى مقابل المبيع وان لم يجز فيكون للبايع فيكون التسليط منجزا لان التسليط من الاول منجز وان المشترى سلط البايع على ماله منجزا كما هو واضح .

وهنا وجه رابع لشيخنا الاستاد من أن التسليط لا يزيد على الهبة المجانية فلا فرق بين صورة العلم والجهل فحيث أن الواهب له الرجوع على الهبة مادامت باقية وكذلك كل من البايع والمشترى لوكان الثمن او المثمن غصبا وفيه ان هذا ايضا لاكلية له فان ـ الواهب ليس له الرجوع على العين على الاطلاق لوكانت باقية فانها لوكانت ثوبا فقصّر او شيئا آخر تصرف فيه الموهوب له بما يوجب تغييره ليس للواهب ان يرجعها وكذلك لوكانت لذى رحم وان لم يقع عليه التصرف فان فى جميع ذلك ليس للواهب الرجوع الى هبته فتنزيل المقام عليها والحكم بجواز الرجوع هنا مثلها ليس بتمام .

ومن هنا ظهر حكم الجهة الثانية ايضا اعنى جواز تصرف كل

من البايع والمشترى فيما اخذه فى مقابل المغصوب وانه غير جائز وتصرف فى أموال الغير بدون اذنه فان التسليط لايوجب الاذن فى التصرف لانه انّما سلطه على ماله بعنوان المعاوضة والمعاملة بحيث يكون مالا له فيتصرف فى ماله لا انّه سلطه عليه ليصرف مال الغير باذنه فليس له ان يتصرف فيه بعد عدم حصول المعاوضة لكونه مال الغير فلا اذن له من ذلك التصرف ·

قوله رحمة الله اما لوكان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشترى بل المحكى عن العلامة وولده والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم الاتفاق عليه ·

اقول قد بنى شيخنا الانصارى تبعا لهؤلاء الاعاظم على عدم الضمان فى هذه الصورة اعنى بيع الغاصب لنفسه وأخذ الثمن من المشترى لنفسه وتلفه عنده وتبعه شيخنا الاستاذ وان ناقش فى بعض خصوصيات كلماته والوجه فى ذلك كما صرح به بعضهم انه سلطه على ماله بلا عوض ·

ومحصل كلام المصنف أن سبب الضمان انما هو لاحد الامرين كما تقدم فى قاعدة ما لايضمن اما دليل اليد وان من وضع يده على مال غيره فلابدّ له ان يخرج من عهدته بجميع شئونه وخصوصياته كما تقدم واما قاعدة الاقدام على الضمان كما استدل بها شيخ الطائفة وغيره فى ما لايضمن واما قاعدة اليد فهى وان كانت مسلمة ومتسالما عليها بين الفقهاء ولكنها خصّصت بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه اليه المال لحفظه كما فى الوديعة والاجارة والعارية فان دفع العين فى هذه الموارد ليس

الا بعنوان الودیعة دون الضمان فلایکون تلفها موجبا للضمان وعلى هذا فاذا کان دفع المال وتسلط الغیرعلیه لیتصرف فیه و یتلفه فلا یوجب الضمان بطریق أولى فلا یکون ذلك الا کالبیع بلا ثمن و الهبة الفاسدة والاجارة بلا اجرة فلا یکون فیها ضمان وکذلك یکون مثلا اعطائه الى ثالث فان الجامع فی جمیع ذلك هوان التسلیط فیها مجانی کما لایخفى واما قاعدة الاقدام فهی ایضا غیرجاریة هنا اذ لم یقدم البایع على الضمان بالثمن لعلم المشتری بکونه غیر مالك وانما الضمان به فیما یکون ذلك من البایع المالك فیکون اعطاء الثمن حینئذ فی مقابل ماله تضمینا له بالمال الذی هو الثمن و لذا یکون ضامنا مع الفساد ایضا ثم اورد على نفسه بانّه ایّ فرق بین المقام و بین بیع الغاصب الذی تقدم فان تصحیحه انّما کان بانّ البیع فیه حقیقة واقع عن المالك لان معرفة المالك شخصه وخصوصیة غیرلازم وخصوصاته غیر دخیلة فی صحة البیع بل یکفی فیها العلم بوجود المالك الکلی لتحقیق مفهوم المبادلة اعنی تبدیل مال بمال فی الاضافة المالکیة بحیث لوکان هذا ممکنا لم تعتبر ذلك الکلی ایضا فلیکن الامرکذلك فی المقام ایضا فیکون کبیع الغاصب لکونه بانیا ولوعدوانا على کونه ملکا له ولولاذلك البنا لم یتحقق مفهوم المعاوضة اصلا فلا یصح مع الاجازة ایضا فان البیع قوامه بدخول العوض مکان المعوض لاملك شخص آخر و بالجملة :ان کان بانیاً على الملکیة فلا شبهة فی صحة معاملته فیکون کبیع ـ الغاصب فیکون یده واقدامه مضمنین وان لم یکن بانیاً على المالکیة فلا یصح بیعه حتى مع الاجازة فیخرج عن المفروض .

ثم : اجاب عن ذلك بانّه فرق بين المقامين فان معنى الضمان كون الشئ فى عهدة الضامن و خسارته عليه و اذ لم يكن المبيع ملكا للبايع لاحقيقة ولا أدعاء مع علمها بالواقع وكون المال لغيره حقيقة فكيف يتحقق الضمان باقدام البايع على أخذ مال المشترى باختياره و تسليطه له عليه لكونه كالاعطاء الى شخص ثالث و هذا بخلاف بيع الغاصب فانه بأدعائه مالك للمبيع مالكية بنائية فالخطاب ببعتك انما هو متوجه للمالك غاية الامر توجه الى الغاصب من باب الخطاء فى التطبيق فالمبادلة انما وقعت حقيقة و فى الواقع بين مالى المالكين الحقيقين فيكون الاقدام و اليد هنا مضمنين و بعد اجازة المالك فيكون الضمان عليه .

ثم اورد على نفسه بانه على هذا ما الفرق بين صورتى العلم و الجهل فى البيع الفاسد حيث حكمتم بالضمان هناك و بين صورتيه هنا فلا تحكمون به فاجاب عنه بان التضمين الحقيقى حاصل فى البيع الفاسد لانّ المضمون به مال الضامن غاية الامر ان فاسد العقد من جهة عدم امضاء الشارع مانع عن مضىّ هذا الضمان فاذا لم يمض الشارع الضمان الخاص العقدى فيكون اصل الضمان بالاقدام باقياً على حاله لقاعدة الاقدام او لقاعدة اليد من دون ان يكون هنا تسليم و تسلّم مجانى وهذا بخلافه هنا فان التسليط انما هو تسليط مجانى و ليس الا كتسليط ثالث عليه و اعطائه له فلا ضمان هنا بوجه الا ان يكون فساد العقد بانتفاء شرائط العوضين ككونه خمراً او خنزيراً اوأم ولد فانه لاضمان هناك ايضا فى هذه الصور هذا ملخص كلامه (رفع فى علو مقامه) .

وفيه انّه وان اتعب نفسه واطال كلامه ولكن اسقط من كلامه ما هو نكتة المقام اى صورة بيع الفضولى مال الغير لنفسه و هى ان المشترى انّما سلّط البايع الفضولى على ماله بانيا على فساد العقد فيكون كسائر العقود الفاسدة فلا وجه لتفريد ذلك عن غيرها من العقود الفاسدة اذن فلا وجه لقياسه بالبيع بلا ثمن فانّه ليس الا هبة مجانية ولا بالاجارة بلا اجرة و بالعارية و باعطائه لثالث فان فى جميعها ان التسليط ليس الا مجانياً وهذا بخلاف المقام فان التسليط فيها ليس مجانيا ولذا لو سئل عنه انّك وهبت مالك او اعرت فيجيب انى عاملت مع فلانى ويدل على ذلك انّه لوكان التسليط مجانيا لم يكن وجه للحكم بكونه اى البايع غير جائز التصرف مع ان المصنف حكم بحرمة التصرف فى الثمن وبالجملة لا نعرف وجها للفرق بين ما نحن فيه وبين سائر العقود الفاسدة والنكتة هى ما ذكرناه من ان التسليط والتسلّط مبنى على الفساد اى على فساد العقد فيكون ذلك كالعقود الفاسدة وقد عرفت الضمان فيها كما عرفت ان قاعدة ما يضمن ليس له أساس وأن تكلف المصنف فى شرح الفاظها وقد ذكرنا تطبيقها على القاعدة من ان المراد بذلك هو ان العقد الذى كان صحيحة مبنياً على الضمان ففاسده ايضا كذلك بخلاف مثل الهبة ونحوها وظهر لك أن المقام غير مربوطة بالبيع بلا ثمن ليكون هبة فاسدة حتى يتوهم أنّ فى صحيح الهبة لاضمان وكذا فى فاسدها ايضا .

فتحصل ان قاعدة اليد لم تخصّص فى المقام بما ذكره المصنف واما ما ذكره من قاعدة الاقدام بالضمان فقد ذكرنا فى مالا يضمن

ان الاقدام لاموضوعية له ولا ان له دليل فى كونه مضمنا و انما الموجب للضمان هو دليل اليد بل لا يظهر ممّن ذكره فى وجه الضمان انه ذكره للاستقلال بل لبيان موضوع ضمان اليد حيث ان اليد انما يوجب الضمان فيما يكون ذى اليد مقدما عليه فانّه لاضمان لليد بدون الاقدام عليه كموارد الوديعة والعارية والعين المستأجرة و نحوها والا فليس الاقدام على استقلاله من المضمنات كما هو واضح ٠

نعم لوكان المبيع مما لا يملك فى نفسه كالحرّ بحيث لا يكون هنا بيع حتى الفاسد منه بل صورة بيع و لفظه بعد كونه مالا و مما يملك يتحقق مفهوم البيع هنا فلا يكون تسليطه البايع على الثمن الا تسليطا مجانيا و بلا عوض فلا يكون هنا ضمان فانّ هذا نظير بيع البايع ماله بلا ثمن فانه ليس من مفهوم البيع بشئ ليكون بيعا فاسدا و يأتى فيه ما قلناه فى البيع الفاسد هذا فيما لم يكن مفهوم البيع محققا لعدم قابلية المتعلق لوقوع البيع عليه ٠

واما فيما يكون مفهوم البيع محققا لكون المتعلق فى نظر العرف من الاموال بل من الاموال المهمة كالخمر و الخنزير وانما الشارع - الغى ماليته واسقطه عن المالية فيكون تسليم المشترى الثمن الى البايع ايضا مبنيا على البيع الفاسد فيكون البايع ضامنا مطلقا على ما ذكرناه و من هنا ظهر ايضا ما فى كلام المصنف من انّه لوكان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحرّ قوى اطراد ما ذكرناه فيه من عدم ضمان عوضها الملك مع علم البايع بالحال فانه يتوجه فى صورة كون المعوّض حرا لا فى صورة كونه خمراً او خنزيراً ٠

ثم بقى هنا امور فى كلام الشيخ قد ذكرها فى ذيل المسئلة

الامر الاول ان مقتضی ما ذکرناه فی وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع فیما یکون البایع غیر بایع لنفسه بل انّما باع للمالك وانما دفع المشتری الثمن الیه لیصله الی المالك فتکون واسطة فی الایصال و تلف فی یده اذا لم یسلطه علیه و لا أذن له فی التصرف فیه فضلا عن اتلافه ٠

و فیه أن هذا من عجائب المصنف فانه لیس هنا شیئ من اسباب الضمان فان البایع و ان اخذ الثمن من المشتری وتلف عنده ولکن لیست یده ید أتلاف هنا کما صرح به (وقال و تلف) مع ذکره الاتلاف بعده و انما تلف عنده بتلف سماوی بلا تفریط من البایع فلا موجب للضمان لکون البایع امینا فی ایصاله الی البایع فقط و کان له ان یعکس الامر و یقول بالضمان فیما باع مال المالك لنفسه مع علم المشتری به و اخذ الثمن و تلف عنده او اتلفه بنفسه کما قلنا به ولایقول بالضمان هنا نعم لوکان التلف مستندا الیه فیکون ضامناً فهو أمر آخر ٠

الامر الثانی انه لو اخذ البایع الثمن بنفسه من أن یسلطه المشتری علیه فیکون ضامنا مع التلف لعدم التسلیط الموجب لعدم الضمان ولوکان الاخذ بانیا علی العقد الواقع بینهما و هذا واضح کما افاده فی المتن ٠

الامر الثالث انه افاد تحقق الضمان ایضا لو اشترط علی البایع الرجوع بالثمن لو اخذ العین صاحبها فانّه ایضا لم یسلطه علی الثمن مجانا بل مع الضمان فمع التلف یکون البایع ایضا ضامنا ٠

الامر الرابع انّه لافرق فیما ذکرناه من الضمان بینما یکون الثمن

كليّا او معيّنا فان المشترى مع كون الثمن كليا قد طبق ذلك الكلى على الفرد و سلّط البايع عليه بانيا على العقد فيكون البايع ضامنا عليه للمشترى وحيث ان المصنف قد اختارعدم الضمان فى كون الثمن شخصيا فقد اختارعدمه هنا ايضا ·

قوله المسئلة الثانية ان المشترى اذا اغترم للمالك اقول هذه هى الجهة الثالثة فهى ان المشترى لو اغترم للمالك غيرالثمن من زيادة القيمته السوقية او زيادة على اصل القيمة او المنافع المستوفات او الغرمات التى صرفها للعين ولم يستوفى فى عوضها منفعة فهل يضمن المالك بتلك الغرامات او لا يضمن ·

توضيح الكلام فى ضمن جهات ثلاث الاولى ان المالك لو اخذ زيادة القيمة على اصل الثمن بان اشترى على عشرة دنانير وكانت قيمة العين عشرين ديناراً فهل للمشترى ان يرجع الى البايع فى زيادة القيمة ام لا ·

االثانية فى انه اذا استوفى منفعة من العين كان اشترى الدار وآجرها من غيرها فاخذه المالك العين واجارتها الثمن فهل للمشترى ان يرجع الى البايع فى تلك المنافع ايضا ام لا ·

الجهة الثالثة قيمة المنافع الغير المستوفات ·

الجهة الرابعة ان المشترى اذا اغترم للعين غرامة بان صرف مقدارا من المال فى اصلاح العين من دون أن يأخذ فى قباله منفعة فهل يضمن البايع بها وله الرجوع اليه أم لا و من هذا القبيل انفاق العين المشترى ·

اما الجهة الرابعة فقد استدل على الضمان هنا بقاعدة نفى

الضرر بدعوى ان عدم الرجوع المشترى الى البايع فى تلك الغرامات ضررعليه فينفى بدليل نفى الضرر.

و فيه انّه معارض بكون الرجوع ضررا للبايع فليس نفيه عن المشترى بدليله ارجح من نفيه عن البايع و قد حققناه فى قاعدة لاضرر.

و قد استدل ايضا بان البايع هو السبب فى غرامات المشترى فيكون ضامنا لان من تسبب فى وقوع امر فهو اولى بانتساب المسبب اليه .

و فيه ان التسبيب تارة يكون على نحو يكون الواسطة ملغى عن الموضوعية و خارجا عن الاستقلالية و اخرى لايكون كذلك بل يكون السبب داعيا الى صدور الفعل فقط اما الاول فكمن تسبب فى قتل احد باعطاء السكين لمن لايعقل من الصبى و المجنون و السفيه و ادخاله فى جوفه او حفتى بئرا فوقع فيه احد فان الفعل يستند حقيقة الى السبب و الوسائط فى امثال ذلك لا اعتبار لها و من هنا يعامل مع السبب معاملة القاتل فيؤخذ منه الدية فان الفعل حقيقة فعله و هو الفاعل فى ذلك .

اما الثانى بان لايكون تسبيب حقيقة بل يكون السبب داعيا الى وقوع الفعل و صدوره فقط بان يقول لاحد مع كونه عاقلا وكاملا اقتل فلانا او اعطى سكينا و قال اقتل زيدا فان البعث و التحريك على تقدير حرمته ليس سببا للفعل بحيث يوجب ان يستند الفعل على تقدير صدوره الى الفاعل و يكون الفعل فعله و يعامل معه معاملة الفاعل لذلك الفعل كما هو واضح فحيث ان البايع ليس سبباً تاماً لغرامة المشترى بل هو داعى لذلك فلا يستند الغرامات

الى فعل البايع بعنوان التسبيب ليكون ضمانها اليه كما هو واضح ٠

وحاصل الكلام انه اذا اغترم المشترى فى العين المبيعة فهل يرجع الى البايع فى ذلك أم لا فهنا جهات ثلاث الاولى انه اذا اغترم زيادة القيمة مما اخذه المشترى بان كان المشترى اشتراه بعشرة وكانت قيمته عشرين او ترقت الى عشرين ٠

الجهة الثانية فى المنافع المستوفات كأن آجر الدار او الدابة اوغير ذلك من المنافع المستوفات ٠

الجهة الثالثة فى المنافع الغير المستوفات والمخارج التى صرفها للعين من كيسه ولم يستوفى من العين شيئا و من هذا القبيل انفاق العين اما فى صورة العلم بالحال فلا يرجع بشىء من ذلك اما فى صورة الجهل فهل له ان يرجع فى ذلك الى البايع أم لا ٠

اما الجهة الثالثة فالمشهور ذهبوا الى الضمان هنا فقد استدل فيها بالضمان بوجوه الاول قاعدة لاضرر بدعوى ان عدم الرجوع ضرر على المشترى وفيه انه على تقدير شمول قاعدة لاضرر على ذلك - فهى متعارضة فان الرجوع ايضا ضرر على البايع فلا وجه لتقديم المشترى عليه ٠

الثانى بقاعدة التسبيب بدعوى ان السبب فى تضرر المشترى هو البايع ٠

وفيه انها لم تردّ فى آية ولا فى رواية ولا انها معقد اجماع اذن فلابدّ من ملاحظة ان الفعل الصادر من المسبب على نحو يستند الى السبب اولا فان كان مستندا الى السبب سواء كان مع

ذلك لفاعل الفعل اختيار ام لا و سواء كان التسبيب امراً شرعيّاً ام لا فيحكم بالضمان مثلا اذا امر صبيا ليفتح باباً فاذا فتح يطير الطير الموجودة فی الدار او امره بقتل احد وهكذا المجنون و السكران فان الفعل فی امثال ذلك يستند الى السبب بل الخطابات الاولية ايضا تكون متوجهة عليه كما تقدم فی بحث المكاسب المحرمة و من هذا القبيل حفر البئر ليقع به احد فوقع و مات او نصب سكينا فی قعر البئر فقتله السكين اوغير ذلك من الموارد التی يستند الفعل الى السبب حقيقة و ان كان للواسطة اختيار كالصبی و من هذا القبيل ما يكون التسبيب شرعيا كما اذا شهد بالشهادة الزور فاوجب ذلك غرامة المشهود عليه ثم رجع فی شهادته فانه تكون الغرامة على الشاهد لكونه سببا فی غرامة المشهود عليه و اما فی غير تلك الموارد بحيث لايكون تسبيب فی البين فلا يضمن السبب بشيىء لكونه داعياً محضاً فی صدور الفعل من الفاعل و انما الفاعل فعل ذلك بقدرته و اختياره فيكون الضمان عليه .

الثالث بقاعدة الغرور بان المغرور يرجع الى من غرّ و هذه القاعدة و ان كان لم يبعد ان تكون رواية نبويّة و لكنها غير منجبرة بعمل المشهور حتی مع الغمض عن الكبرى الكليّة بان الشهرة لا تكون جابرة لضعف السند و ذلك لخصوصية فيها التی تمنع عن الانجبار و هی ان المشهور لم يمكن ان يستند وافی عملهم و فتواهم هنا بالضمان لاجل التسبيب و قاعدة الضرر او الروايات الخاصة وعليه فلا ينجبر ضعفها بالشهرة بل نجزم بان المشهور لم يستندوا لها و ذلك فانهم و ان ذهبوا الى الضمان فی هذه المسئلة و لكن مقتضی

العمل بالقاعدة ان يعملوا بها فى جميع موارد الغرور ويفتون بطبقها اينما سرت و لم يخصّوا الحكم بهذا الموارد الخاص فيعلم من ذلك انهم لم يستندوا بها كيف فهل توهم احد بانه لوغرّ احدا فى اكل مال الغير بانه راضى بذلك اوغرّه فى شراء شئ على ان يربحه كذا وكذا فانكشف ان المالك لم يرض وان المبيع لم يربح له بشيئ بل ضرر فيه كثيرا ان الغار يضمن بضرر المغرور و هكذا سائر موارد - الغرور فانّه لم يفت المشهور فى امثال ما ذكرنا من الامثلة بالضمان بل افتوا فى خصوص ما نحن فيه اذن فتكون ساقطةً سندا ودلالة الا ان يكون هنا تسبيب بحيث يكون الفعل مستندا الى السبب و هذا امر آخر غير مربوطة بقاعدة الغرور و قد عرفت انه يوجب الضمان بنفس الخطابات الاولية كما ان الاحكام التكليفية ايضا ثابتة له بتلك الخطابات .

الرابع الروايات الخاصة الواردة فى باب النكاح التى تدلّ على ان من غرّ احداً فزوجه امرئة برصا اوعوراء او مجنونة او امة بعنوان أنها بنت مهيرة فيكون على ذلك الغار مهر الامرئة فبالغاء المورد تكون دالة على الضمان بغير المهر و فى غير مورد النكاح نظير المقام فالروايات فى حاشية السيد و فيه انها روايات خاصة قد وردت فى باب النكاح فى خصوص باب المهر وكون ضمانه على الولى فقط والتعدى عنها الى غيرها قياس فلا يمكن التعدى من المهر الى غير المهر فى خصوص باب النكاح فضلا الى غير النكاح فلايستفاد منها كبرى كلية من ان المغرور يرجع الى الغار فى جميع مااغتره ولاجل مصلحة قد حكم الشارع فى موارد تلك العيوب بضمان الغار الذى

هو الولى لخصوص المهر و من هنا لو اوجب الغرور و صرف فى ذلك مصارف كثيرة كالاطعام و نحوه فلا يرجع فيها الى الغار بل فى خصوص المهر الى المدلس كما فى الروايات نعم هناك روايتان يمكن استفاده الكبرى الكلية منهما لمكان التعليل الوارد فيهما ٠

الاولى رواية اسماعيل بن جابر حيث اراد احد تزويج بنت احد فزوجوه امة فقال عليه السلام رد الوليدة على مواليها و الولد للرجل وعلى الذى زوجه قيمة الولد يعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه فان ظاهر الذيل عدم اختصاص الضمان بمورد الولد بل يعّم غير مورد النكاح ايضا ٠

و فيه ايضا غير الولد و فيه مضافا الى ضعف سند الرواية فان فيه محمد بن سنان فهو و ان ذكر عن بعض توثيقه الا ان المشهور ضعفه بل انه اعترف فى آخر عمره ان كتابه مأخوذ من السوق فلا يمكن الاعتماد برواياته فلا اقل من تعارض المعدل للجارح فيتساقطان فيبقى بلا معدل ان دلالتها غير تامة بل الظاهر منها كون ضمان الولد فقط على المزوج كما غرّه وخدعه فلا يمكن التعدى من ذلك الى غيره اذا فاذا رجع المالك الى المشترى فيرجع المشترى ايضا الى الغار كما رجع نعم يعم الحكم لكل مزوج و الوجه و الله العالم فى ذكر الولد انه لولا الذكر لحكمنا بضمان قيمة الولد فانه من امة الغير فالنماء فيها كالحيوانات و الاشجار للمالك و من هنا حكمو عليهم السلام فى انه لو زنا احد بامة الغير فولدت فهو لمالك الامة ولكن حيث كان الوطى هنا محرما لكونه عن شبهة فيكون الولد للواطى فتكون قيمته على الغار كما غرّ الرجل وخدعه ٠

الثانية رواية رفاعة فى قضاء اميرالمؤمنين عليه السلام فى أمرأة زوجها وليها وهى برضاء ان لها المهر بما استحل من فرجها وان المهر على الذى زوجها وانما صار المهر عليه لانه دلّسها فمقتضى التعليل هو عموم الحكم لغير مورده ايضا وفيه مضافا الى ضعف سندها لسهل بن زياد انها ايضا لا تدل على الضمان فى غير موردها وهو المهر فلا يمكن التعدى الى الغرامات الواردة فى باب النكاح فضلا عن غير باب النكاح فان ظاهر التعليل كونه راجعا الى ثبوت المهر على الغار فلا يمكن التعدى الى غيره لاحتمال ان يكون فى المهر خصوصية يستدعى الضمان وليس فى غيره فتكون هذه الرواية كغيرها من الروايات الخاصة نعم يمكن التعدى بها الى مطلق المزوج بلا اختصاص الحكم بالولى كما اختص به الحكم فى الروايات الخاصة المتقدمة وبعبارة اخرى انه مضافا الى ضعف الروايتين فلا يتم دلالتهما على المقصود وتمامية قاعدة الغرور فى جميع الموارد اذ الظاهر منها اختصاص الضمان فى خصوص الولد والمهر على الغار وكون التعليل مختصا بهما وقد علل كون المهر على المزوج بانه مدلس فمقتضى العلية انما هو جواز الرجوع على المهر الى كل مزوج فلا يمكن التعدى الى غير ما يسانخ المعلول نعم لا يختص ذلك بالولى بل يجرى فى مطلق المزوج كما ان ضمان قيمة الولد لا يختص بالمزوج بل بمطلق الغار لكون ذلك على وفق القاعدة .

على انه لو تمت دلالة الروايتين فايضا لا تنافيان بالمقصود اذ الدليل اخص من المدعى فان الذى يستفاد منهما انّ للمشترى ان يرجع الى البايع الذى غره وخدعه ودلّسه ولا شبهة انه لا يصدق

الغرور عند جهل البایع بل قد صرح فی تلك الروایات انه یضمن الغار مع علمه و اما مع الجهل فلا یضمن اذن فلا یمکن الحکم بضمان الغار مطلقا سواء کان عالما بالحال او جاهلا بها بتلك الروایات التی اخص من ذلك و اما ما عن العلامة الطباطبائی من انه لا یفرق بین علم البایع و جهله لانعرف له وجها و اما روایة الجمیل التی ذکرها المصنف عن الرجل یشتری الجاریة من السوق فیولدها ثم یجیئی مستحق الجاریة قال یأخذ الجاریة المستحق و یدفع الیه المبتاع قیمة الولد و یرجع علی من باعه بثمن الجاریة و قیمة الولد التی اخذت منه و قد استدل بها علی تمامیة قاعدة الغرور بدعوی ان حریة ولد المشتری اما ان یعد نفعا عائدا الیه اولا و علی التقدیرین یثبت المطلوب مع ان فی توصیف قیمة الولد بانها اخذت منه نوع اشعار لعلیة الحکم فیطرد فی سائر ما اخذت منه ٠

اقول ان الروایة و ان کانت مطلقة من حیث الغرور و عدم الغرور بل تدل علی جواز ان یرجع المشتری الی البایع مطلقا و لکن عرفت ان الرجوع الی قیمة الولد علی حسب ما یقتضیه القواعد فانّه من منافع الامة فتکون للمالك فالروایة وردت علی طبق القاعدة فحینئذ اذا رجع المالك الی المشتری فیرجع المشتری الی البایع لانه غرّه و خدعه و لکون الوطی محرما یکون الولد حرا و علی هذا فلاوجه لما فی المتن من ان حریة الولد ان کانت من المنافع المستوفات التی لا بدّ له من اعطاء قیمته الی المالك ثم الرجوع الی البایع فتدل الروایة علی الرجوع الی الغار فی غیرها بطریق اولی قد عبّر عن ذلك بالفحوی و ان لم تکن حریة الولد من المنافع المستوفات

فتدل على الرجوع الى الغار بالدلالية المنطوقية فيما هومحل الكلام الذى نتكلم فيه و بالجملة فلا تكون الرواية دالة على قاعدة الغرور واما قوله بان توصيف قيمة الولد بالاخذ مشعر بالعلية فيتعدى الى غير موردها .

ففيه ان التعبير بالاخذ لاحد الجهتين الاولى ان المشترى انما يرجع الى البايع اذا رجع المالك الى المشترى والا فليس له الرجوع الى البايع كما سيأتى ذلك فى تعاقب الايدى .

الثانية ان المشترى انما له الرجوع الى البايع فى القيمة التى أخذها المالك من المشترى ولو كانت اقل من القيمة السوقية فليس له ان يرجع الى البايع فى الزائد عنها كما اذا اخذ المالك من المشترى عشرين فقيمة السوقية خمسين فيرجع الى البايع بخمسين ايضا و بالجملة ان التمسك فى التعدى الى غير مورد الرواية بهذا التعليل شبه تعليل وجوب الزكوة للبقر السائمة بثبوتها فى النص للغنم السائمة فان البقر غير مربوط بالغنم و سنذكر الوجه فى عدم جواز رجوع المشترى الى البايع قبل ان يرجع اليه المالك ثم انه قد استدل صاحب الحدائق على عدم الرجوع فى المنافع الغير المستوفات وفى غيرها لايرجع بالاولية على ما هو لازم كلامه باطلاق روايتى زرارة و زريق و بسكوتهما عن رجوع المشترى الى الغار الذى هو البايع اما الرواية الاولى اعنى رواية زرارة فانها تدل على رد الجارية التى اشتراها المشترى من شخص الى مالكها المدعى بعد البينة ورد قيمة الولد المتولد منها و ساير منافعها المستوفات فهى ساكتة عن الرجوع الى البايع بان يرجع المشترى فى غراماتها الى البايع فحيث كان

الامام عليه السلام فى مقام البيان فكشف من الاطلاق عدم جواز رجوع المشترى الى البايع .

الثانية رواية زريق فانها تدل على رجوع المالك الى المشترى و يأخذ منه ماله وجميع المنافع التى استوفى من ذلك من اىّ اقسام المنافع من الغرس و الزرع و اجرة البناء الذى بنا فيها و ليس للمالك قلع ما غرس فيه و الا فيعطى أرشه نعم وله اخذ اجرة الارض نعم للمشترى قطع ذلك لكونه مالا له و الناس مسلطون على اموالهم و ليس للمالك ان يمنع ذلك فهذه الرواية ايضا تدل على رجوع المالك الى المشترى و ساكتة عن رجوع المشترى الى البايع مع كونه عليه السلام فى مقام البيان فبمقتضى الاطلاق ندفع رجوع المشترى الى البايع .

و فيه ان الروايتين لاتدلان على ذلك اما رواية زرارة الى جهة رجوع المالك الى المشترى دون رجوع المشترى الى البايع و اما رواية زريق فانها ناظرة الى بيان ان المالك يرجع الى المشترى و المشترى الى المالك فليست ناظرة الى ان المشترى يرجع الى البايع على ان البايع فى الرواية الثانية انما هو القاضى فان كان حكمه صحيحا فلا غرم عليه فان اللّه جعل ذلك سببا لكون المال للمدعى و هو المفوت لذلك و القاضى معذور فيه لحكمه بالايمان و البينات و ان كان الحكم باطلا فالمشترى يعلم بفساد البيع و هو بنفسه اقدم على ذلك فلا يرجع اليه فى غراماته كما فى المتن و الحاصل ان المشترى اذا علم بالحال فلا يرجع الى البايع فى غراماته لاقدامه على ذلك بنفسه و امّا مع الجهل فربّما قيل

برجوعه اليه بقاعدة الضرر وقد عرفت ان احد الضررين مما لا بدّ منه فلا وجه لدفع ذلك عن المشترى دون البايع فيتعارضان على ان الضرر لايكون فى جميع الموارد كما اذا استوفى المشترى بمقدارمنفعة ما اغترمه للمالك واما دعوى الضمان بقاعدة التسبيب بان البايع لتغريره المشترى فيضمن كما اغترمه المشترى فى المنافع المستوفات و فى غيرها بطريق اولى .

وفيه انك عرفت انّه ان كان التسبيب على نحو استنيد الفعل اليه بقوة السبب فلا اشكال فى الضمان والا فلا وجه له واما قاعدة الغرور قد عرفت انها وان روى بان المغرور يرجع الى الغارالا انه غير معمول بها فى جميع الموارد بل فى خصوص المقام ففيهنا لا نعلم استناد الفقهاء الى ذلك بل الى الروايات الخاصة وقد عرفت انها ناظرة الى موارد خاصة فلا يمكن التعدى منها الى غير مواردها كما لايخفى وكذلك ما ورد فى ضمان الشاهد على المشهود عليه فى شهادة الزور واما توهم عدم الضمان لاجل اطلاق روايتى زرارة و زريق وقد عرفت الحال فيها ولكن يمكن لنا التفصيل فى المقام بينما يكون ما يرجع المالك الى المشترى داخلا تحت ضمان البايع فللمشترى ان يرجع فى ذلك الى الغار وبينما لايكون ذلك داخلاً تحت ـ ضمان البايع فلا يرجع المشترى فيما اغتر به للمالك الى البايع و توضيح ذلك انّه لو اغتر احد غيره بتقديم مال الغير اليه بما انه مال نفسه فانكشف بعد التلف انه مال الغير او مال الآكل الذى هو المعطى له فلا شبهة ان الغير يرجع الى الآكل وهو يرجع الى المقدم لكونه ضامنا ابتداء فى ذلك وانما سلط الغير عليه بعنوان انه مال نفسه

لابما انه مال الغير وهكذا لو ظهر انه مال الآكل ايضا كما لايخفى وعلى هذا فليس للمسلّط ان يرجع الى الآكل لو رجع المالك اليه بدعوى انه سلّطه عليه لكونه مال الغير فان قصده لايفيد بوجه اذا عرفت ذلك فنقول ان المنافع على قسمين فقسم منها تكون داخلة تحت ضمان الغاصب كأجرة الدار و الثمار للاشجار و نحوها و قسم منها لاتكون داخلة تحت ضمان الغاصب كركوب الدابة الى الحلّة او الكربلاء مثلا ففى الاول اذا رجع المالك الى البايع فليس للبايع ان يرجع الى المشترى فانّه بعد اقدامه على ضمان مال الغير واعطائه قيمته و قيمة منافعه صار مالكا للمغصوب بقاء فكما لايرجع الى من سلطه على اتلاف ماله ابتداء فكذلك ليس له الرجوع الى من سلّطه على اتلافه بقاء فاذا ليس له ذلك فى العين او فى المنافع المستوفات على تقدير بقاء العين ففى المنافع الغير المستوفات بطريق أولى لا يرجع الى المشترى لانه بنفسه سلّطه على ذلك واما لورجع المالك الى المشترى فيرجع المشترى الى البايع كما عرفت واما المنافع التى لاتدخل تحت ضمان الغاصب من الاول و من هذا القبيل الاوصاف الزائدة فلو رجع المالك اليها فليس للمشترى ان يرجع الى البايع فان التسليط فى تفويت ذلك ليس من ناحية البايع و يأتى ذلك فى تعاقب الايدى مفصلا و من هنا يظهر انه لاوجه للتفصيل بين المنافع المستوفات وغيرها فانها ان دخلت تحت ضمان البايع فلا يرجع فى المستوفات الى المشترى لو رجع اليه المالك ففى غير المستوفات بطريق اولى وان لم تدخل تحت ضمانه فرجع المالك الى المشترى ففى المستوفات بطريق أولى و هذا واضح جدا ·

وبالجملة حكم الغاصب بعد رجوع المالك اليه حكم المالك الابتدائى فكما ان المالك حدوثا لايرجع الى من سلطه على تفويت ماله فكذلك بقاء كما هو واضح ·

وحاصل الكلام انّه لابدّ وان يفصّل فى المقام بين المنافع التى دخلت تحت ضمان البايع والمشترى كليهما فحينئذ ليس للبايع مع رجوع المالك اليه ان يرجع الى المشترى بل يرجع المشترى الى البايع مع رجوع المالك اليه وتلك كالعين بنفسها وكسكنى ـ الدار وركوب الدابة التى تكون قائمة بالعين وتسلم الى المشترى مع تسليم العين واما المنافع المتجددة التى لاتدخل تحت ضمان البايع كالثمار والاشجار واللبن للحيوان ونحوهما ممّا تجدد تحت يد المشترى فلا يكون ضامن لها الا المشترى لعدم ثبوت ضمانها ابتداء على البايع ·

بيان ذلك ان احدا لوقدم طعاماً لاحد ليأكله بما انه مال شخص المعطى فاخذه الآكل فاكله فانه قد اخذه ذلك بعنوان انّه مجانى ولم يقدم على الضمان من الاول وكذلك ان المعطى قد سلّطه على ذلك بما انه مال نفسه ولوكان فى الواقع مال غيره و يعلم انه مال الغير فاذا علم الآخذ بعد تلفه أنه مغصوب فليس للمعطى أن يرجع الى الآخذ ويقول أن هذا كان مال الغير فانى اعطيته لك بعنوان مالى كتابا فان التسليط ليس الا تسليطا مجانيا فلم يكن اخذه الا اخذا مجانيّا بل لورجع اليه المالك فهو يرجع الى المعطى ايضا لانه ليس هذا الا كتقديم مال نفسه لشخص باعتقاد انّه مال الاخذ فانكشف انّه مال نفسه فانّه ليس له ان يرجع الى

الآخذ بدعوى انّه كان فى عقيدتى انه مالك فان الاخذ ليس الا
أخذاً مجانيّا فلا ضمان فيه بل هذا وتقديم ماله الواقعى مع العلم
به ليس الا واجدا اذن فيكون تقديم مال الغير ايضا مثله فانّه مع
رجوع الغير اليه فبخروجه عن عهدة الضمان يكون مالكا بقاء لماقدمه
الى الغير فليس فى تسليط الغير على اتلاف ماله بين مايكون ماله
حدوثا و بين ما يكون مالا له بقاء فكما ان تسليط الغير على تسليط
ماله مجانا ابتداء لايوجب الضمان كذلك ما يكون مالا له بقاء بسبب
الخروج عن عهدة الضمان فهذا الذى ذكرناه ممّا قامت به السيرة
العقلائية واما رجوع الآخذ الى المعطى لو رجع اليه المالك فواضح
لانّ السبب فى تفويته هو المعطى وانّما غرّه بعنوان انه مال نفسه
فهو السبب اى المعطى فى التلف وان كان المتلف بالمباشرة
هو الآخذ الا ان العرف يستندون ذلك الاتلاف الى المسبب لقوته
ولاغراء الآخذ بذلك فمثل هذا الخديعة والتغرير يوجب الضمان
بلا شبهة وان لم نقل بالضمان فى جميع موارد الغرور وكيف فهل
يشك أحد فى انه لو قدم أحد مالا كشخص هبة مجانية بعنوان انه
ماله ثم ادعى ذلك المال منه ان له حق الرجوع اليه مع التلف
وهكذا اذا كان مال غيره فان أهل العرف يستندون التلف الى
السبب للغرور فهذا بديهى لاشبهة فيه ومما قامت به السيرة نعم
فى المنافع المتجددة حيث لم يكن فيها تقديم مجانى من قبل
المعطى فلا شبهة فى الضمان اى ضمان الآخذ بل الامر كما ذكر
لو اعطى المعطى مال نفس الآخذ له بعنوان مال شخص المعطى
فانه لايشك أحد من أهل العرف فى ضمان المعطى لذلك ايضا

اذ المال ولوكان للآخذ وانه اتلف مال نفسه ولكن اتلفه بما انه مال المعطى ودخل تحت تصرفه مجانا فالاتلاف مستند الى الاخذ المجانى دون مال نفسه فليس السبب فى ذلك الا هو المعطى و هو الذى غره فى ذلك فيكون ضامنا له للغرور بمقتضى السيرة العقلائية فيرجع اليه بل لا يفرق فى ذلك بين جهل المعطى بالحال وعلمه فانه مع الجهل والاشتباه فايضا يكون ضامنا للمالك فليس له ان يرجع الى الآخذ المجانى بوجه لما تقدم كما اذا كانت عنده وديعة فاشتبه فاعطاها للغير بعنوان انها مال نفسه فان هذا التسليط تسليط مجانى على اتلاف مال الغير فلا يضمن المعطى له بل يكون الضامن هو المعطى لكونه متلفا لمال الغير فكانت يده يد اتلاف لا يد وديعة الا فى المنافع المتجددة لعدم دخولها تحت ضمان المعطى من الاول وأما فى غيرها فلا لان ذلك ليس الا كتقديم مال نفسه للغير مجانا ابتداء وقد عرفت انه لا يفرق فى ذلك بين المالك حدوثا وبينه بقاء كما لا يفرق فى ذلك بين المنافع والمستوفات غيرها هذا كلّه فيما يكون التقديم مجانيا واذا كان التسليط بالبيع فهو على قسمين فانّه تارة يكون فى مورده غرور بحيث يصدق الغرور بانّه غرّ البايع المشترى واخرى لا يصدق اما الاول بان يأخذ البايع مال غيره بالغصب او السرقة ولو كان مال المشترى ايضا ثم يبيع ذلك من المشترى بقيمة قليل بدعوى أنه مال نفسه يقصد بذلك التقرب الى اللّه ويأخذ المشترى ذلك فيأكله أو يشترط البايع فى البيع صرفه فى أكله أوفى احسان الغير وبعد ما يتلف المال فيخبر المشترى بالحال اوهو بنفسه يلتفت بذلك وان المال مال نفس المشترى او مال شخص آخر فانه لاشبهة هنا فى ضمان بالعين بجميع شئونها

من المنافع المستوفات وغيرها الا المنافع ألتى لم تدخل تحت ضمان البايع من المنافع المتجددة كالبيض واللبن والثمار ونحوها وكذلك الثمن الذى هو بنفسه كان مقدما بذلك ولم يصدق الغرور بالنسبة اليه فان رجع المالك الى المشترى فيرجع المشترى ايضا الى البايع فان السيرة قائمة فى مثل ذلك كون السبب فى التلف هو البايع وانه هو الذى غرّ وتسبب فى التلف وأن التلف يستند اليه فانه لولم يبيع ذلك منه ولم يشترط اتلافه لم يقدم المشترى بذلك و هكذا فى كل مورد يصدق عنوان الغرور واستناد التلف الى البايع

واما لولم يصدق الغرور فلا يرجع المشترى الى البايع كما اذا سرق أحد مال غيره اوغصبه فباعه من شخص ثان بقيمة قليلة و بثمن بخس وراح ثم باع الثانى من ثالث بهذه القيمة انما بقصد الاحسان بان يشترط ان يعطى الفقراء ويطعم المساكين فبعد ما صرف .

الثالث المال فى الاحسان أو أكله بنفسه ثم علم انه كان مال الغير فرجع المالك الى الثالث فاخذ منه جميع ما يترتب على ما له من المنافع والعين فليس لهذا الثالث أن يرجع الى الثانى بدعوى انه مستبب فى ذلك فان السيرة قاطعة على انه لا يصدق التفويت فى مثل ذلك بوجه فليس التلف مستندا الى نفس الثانى كما هو واضح لايخفى وبالجملة أن هذا ليس الا كسائر البيوع الفاسدة من دون فرق بينها بوجه فيكون الضمان على من تلف عنده المال فلابدّ وان يخرج من عهدة الضمان بل المشترى بنفسه أقدم على ذلك لابمعنى أن الاقدام من المضمنات بل اليد اوالسيرة و الاقدام انما هو لدفع ما يمنع عن الضمان من الوديعة ونحوه ممّا لا يوجب

الضمان فالاقدام بالضمان يوجب دفع ذلك المانع ثم انه ذكرالمصنف فرقاً فى بعض الاوصاف و قال و أما ما يغرمه بازاء اوصافه فنان كان ممّا لا يقسط عليه الثمن كما عدا وصف الصحة من الاوصاف التى يتفاوت بها القيمة كما لوكان عبداً كاتباً فنسى الكتابة عند المشترى فرجع المالك عليه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشترى على البايع لانه لم يقدم على ضمان ذلك و اشكل عليه شيخنا الاستاد بايراد ظاهر بان الاوصاف مطلقا لا يقسط عليها الثمن كالشروط و لا ينافى ذلك ما يقال أن للوصف او الشرط قسطا من الثمن لان معناه ان قيمة العين تزداد بالوصف او الشرط لا أن مقدارا من الثمن فى الانشاء العقدى يقابل الوصف او الشرط و هذا لا ينافى ثبوت الخيار بين الرد و الارش فى العيب كما سجيئى فى باب العيب ان الارش ثابت بالتعبد لا من باب ان الثمن يقسط على الوصف و الموصوف و الا وجب ان يكون الارش من نفس الثمن و من هنا لم يثبت فى غير موارد خيار العيب الا الخيار بين الفسخ و الامضاء أو فى موارد خيار العيب ليس على البايع اعطاء الارش بدون المطالبة بل معها بحيث لو لم يلتفت به المشترى الى الابد او التفت و لم يطالب فليس على البايع شيئ وهذا بخلاف أجزاء المبيع فان الثمن واقع فى مقابلها بحيث لو لم يعط البايع بعضها لكان عليه الضمان و فعل فعلا محرما لكونه مال الغير و قد أخذ فى مقابله الثمن كما هو واضح ٠

قوله ثم ان ما ذكرناه كله من رجوع المشترى على البايع بما يغرمه انما هو اذا كان البيع المذكور ٠

اقول ان ما تقدم هنا ضمان الغار للمغرور فى مورد استناد

التفویت الیه و انه لو رجع المالك الی المشتری فهو یرجع الی الغار و ان رجع الی البایع فهو لا یرجع الی المشتری انّما هو فی مورد یکون البیع صحیحا من غیر جهة کون البایع غیر مالك بحیث یکون الفساد مستندا الی کذب البایع و تغریره و امّا لو کان فاسداً من غیر هذه الجهة فیکون المقام کسائر البیوع الفاسدة فلا یکون الضمان علی البایع بل علی المشتری بناء علی ما ذکرناه من ان فاسد البیع یضمن فیه کما یضمن فی صحیحه کما هو واضح ۰

قوله ثم انه قد ظهر ممّا ذکرنا ان کل مایرجع المشتری به علی البایع ۰

اقول ظهر من مطاوی ما ذکرنا ایضا ان الغرامات التی توجه الی المشتری یرجع بها الی البایع مع الغرور و انه لو رجع المالك الی البایع حینئذ فلا یرجع هو الی المشتری و مع عدم الغرور نظیر فساد البیع فیرجع البایع مع رجوع المالك الیه الی المشتری ولو تعاقبت الایدی فیرجع کل سابق الی لاحقه الی ان ینتهی الامر الی الذی تلف العین عنده أو هو أتلفها فیغرم قیمة العین و المنافع ألتی فاتت تحت یدها دون المنافع الفائتة تحت الایدی السابقة فان قلت ان کلاً من البایع و المشتری یتساویان فی ضمان العین و حصولها تحت یدهما و هکذا الایدی لاحقة و هو سبب للضمان عن کون یدهما یدالعادیة فکلهم مشترکون فی ذلك فلا وجه لرجوع البایع الی المشتری و هو لی لاحقه و هکذا الی ان ینتهی الامر الی من انتهی الیه الامر الا ان یستند الضمان الی الأتلاف فانه حینئذ یستقر الضمان الی

ذمة من صار سببا للاتلاف .

فقد اجاب العلامة الانصاری بما حاصله ان الشیئ الواحد انما یکون له ضمان واحد فکیف اشتغلت الذمم المتعددة عند تعاقب الایدی بشیئ واحد ولم یکن مقتضی علی الید الا شیئ واحد .

فقال اشتغال الذمم المتعددة وکون ضمان العین الی العهدات العدیدة معناه لزوم خروج کل منهم عن العهدة عند تلفها وحیث ان المضمون لیس الا شیئاً واحداً فمعنا تسلّط المالك الی رجوع کل منهم لیس الا تسلّط رجوعه الی واحد منهم علی البدل فمن ایّ منهم استوفی البدل لسقط حقه عن الغیر و تسلّط الرجوع الی الآخر وهذا نظیر الواجب الکفائی فی الاحکام التکلیفیة فکما ان فی الواجب الکفائی ان التکلیف متوجه الی الکل بحیث لو ترکوا لعوقبوا جمیعاً ولو اتی الواحد سقط عن الجمیع وهکذا فی المقام ان الضامن للعین جمیع من ثبتت یدیهم بها یدهم بها بحیث لو لم یعط واحداً لطولب وعوقب الجمیع ولو ادی واحد لسقط عن الباقین فللمالك ان یرجع الی أی منهم علی البدل وبعد اخذه ماله ممّن رجع الیه فهو یرجع الی اللاحق وهو الی لاحقه و هکذا الی ان ینتهی الی المتأخر الذی تلف المال عنده .

وهذا الوجه ینطبق علی مسلك الجمهور حیث انهم ذهبوا الی ان الضمان من ذمة الی ذمة اخری لا من ضمن کما عند الامامیة لیکون المال منتقلا الی ذمة الضامن فان الجمهور التزموا فی باب الضمان علی ذلك وان من یکون ضامناً عن شخص فیضم ذمته الی ذمة شخص المضمون علیه فیصیر الضامن اثنان وهکذا بحیث مع

تعدد الضامین یتعدد الذمم للضمان و یضمن کلهم العین فی عرض واحد علی البدل نظیر الواجب الکفائی ۰

و انا وان انکرنا ذلك علیهم فی باب الضمان ولکنه من جهة عدم الدلیل فحیث اقتضی الدلیل فی المقام الالتزام بذلك فلا مانع من الالتزام به و من هذا القبیل من الضمان علی البدل نظیر الواجب الکفائی موارد کثیرة کما ذکر الفقهاء منها انه اذا لم یطمئن کل من البایع و المشتری علی الاخر خوفا من ان یظهر المثمن او الثمن مستحقا للغیر فیطلب الضامن علی العوض فعند خروجه مستحقا للغیر لیکون درکه علیه فقد ضمن الضامن العین فی عرض ضمان البایع او المشتری بنفسها هنا فللمضمون عند خروج العوض مستحقا للغیر ان یرجع بای منهما شاء فلیس المال منتقلا الی ذمة الضامن لیکون عهدة المال الی الضامن فقط فان العین موجودة فی الخارج

و منها الضمان بالاعیان الشخصیة الخارجیة المضمونة فان فیها ایضا ان الضمان من ضم ذمة الی ذمة اخری و لم ینقل الضمان من شخص الی آخر لوجود العین فی الخارج فیکون الضمانان فی عرض واحد بل عن أبی حمزة انه یمکن ان یضمن اثنان ابتداء لشئ واحد من دون ان یکون ضمان احدهما متقدماً علی ضمان الآخر کما عرفت و هکذا عن الشهید و العلامة فی درسه انه نفی المنع من ضمان اثنین علی وجه الاستقلال کالعبادات الواجبة کفایة و منها اموال الغاصب من الغاصب و هکذا من الموارد الکثیرة هذا کله حال المالك بالنسبة الی ذا الایدی و قد اشکل علیه شیخنا الاستاذ بما حاصله ان الضمان علی نحو الواجب الکفائی انّما یتصور فی -

الواجبات التكليفيّة فانه لو قلنا ان الاداء بنحو الواجب التكليفى لكان لذلك وجه فيكون ذلك مثل الترتب انه يجب الاداء بهذا الشخص ان لم يؤد الآخر فيتوجه الامر بالاداء الى كل منهم بعنوان الواجب المقيد ولكنه ليس الامر كذلك فباب الضمان لا يقاس بالاحكام التكليفية فلا يعقل الضمان بنحو الترتب بحيث يكون كل منه فى عرض الضمان الاخر بل لابد وان يشتركا فى الضمان او يكون على واحد فقط والا لو قلنا بانّ ضمان كل منهم مقيد بعدم ضمان الاخر معناه ان لا يضمن جميعهم نعم يمكن القول بالترتب الطولى فهو غير مسلك العامة كما اذا امر شخص بضمان لشخص عنه وهكذا فان كل منهم ضامن فى طول الاخر بحيث لو لم يؤدى المضمون عليه دين المديون فيرجع الى ضامنه لانتقال المال الى ذمته فيرجع هو الى المضمون عليه لكون ضمانه بامره وهكذا المتأخرون راجع الى تقرير الميرزا و الحاصل ان كلامنا كان فى تصوير الضمان فى تعاقب الايدى على كل واحد من الاشخاص مع كون المال واحدا بانه فلما ذا يرجع السابق الى اللاحق مع عدم الغرور وأن المالك كيف يرجع على كل واحد منهم مع كون المال واحداً فلا يضمن المال الواحد الا شخص واحد .

وقد وجّهه شيخنا الانصارى ذلك بتنزيله منزلة الواجب الكفائى وانه كما أن الواجب فى الواجب الكفائى شئ واحد و ان كان المكلفين كثيرين و متعددين بحيث لو اتى الواحد منهم سقط عن الباقين والا فعوقب الجميع وهكذا فى المقام فانّ المال مال واحد وضمانه ضمان واحد ولكن الضامن متعدد بحيث لو أدى المال

واحد منهم سقط حق المالك عن الباقين وان كان لكل واحد منهم ان يرجع الى الآخروان لم يؤدى لكان كلهم ضامنين على ذلك واشكل عليه شيخنا الاستاد بان تنزيل المقام بباب الواجب الكفائى غير معقول اذ مرجع وجوب الكفائى الى انّه يجب لكل واحد من المكلفين اتيان الواجب لولم يات الآخر فيكون اتيان كلّ منهم واجبا مشروطا بعدم اتيان الآخر فاذا اتى فيسقط عن الباقين نظير الالتزام بالتكليف الترتيبى فى الضدين كما نقح فى الاصول وهذا المعنى غير ممكن فى المقام فان معنى اشتراط وجوب الضمان على كل واحد بعدم وجوبه على الآخر ليس الا نفى الضمان عنهما بالمرة فان معنى انّ هذا ضامن ان لم يجب على الآخر وذلك هنا من ان لم يؤد هذا انّ كلّ منهما ليس بضامن فما ذهب اليه الجمهور من ان الضمان ضم ذمة الى ذمة آخرى فى الضمان الاختيارى فاهنا غير معقول كما ذكرناه لرجوع ذلك الى انتفاء الضمان عنهم الا ان يقال بالشركة او بضمان كلّ على المالك مستقلا ليكون المال واحد عوض كثير فهما كما ترى .

الا ان يقال بالضمان الطولى والترتيبى لابالمعنى المذكور بل بمعنى أن كل واحد من الضامنين فى طول الضامن الاخروان اللاحق يضمن لما ضمنه السابق وهكذا كما فى الضمان الاختيارى ومن هنا يرجع اللاحق على السابق فى الضمان الاختيارى لامر السابق على ذلك فيه وبالجملة أن ما ذهب اليه المصنف لايمكن المساعدة عليه ولوصح ذلك فلابدّ وان يلتزم القائل به بكون الضمان لهما على نحو الاشتراك لعدم امكان تعلق مال واحد بذمة شخصين

فان لازمه ان يكون للدرهم الواحد ابدال عديدة وفيه ان ماافاده شيخنا الاستاد ليس بصحيح من حيث البناء والمبنى اما من حيث المبنى فانه قد بنى فى تصوير الواجب الكفائى على ان الواجب وان كان شيئا واحدا الا ان الخطاب متوجه الى جميع المكلفين فلابدّ لكل واحد منهم اتيانه ولكن مع اتيان الواحد سقط عن الباقين ·

وتوضيح ذلك أن فى الواجب التخيرى قد تعلّق الغرض باتيان احد الامرين أو أمور عديدة بحيث يكون غرض المولى قائما باتيان واحد منهما مع الغاء الخصوصية ويكون اتيان كل من الامرين وافيا لغرضه ومقصوده وحينئذ يستحيل للمولى أن يأمر عبده باتيان أحدهما بالخصوص لكونه ترجيحا بلا مرجّح ·

وكك الكلام فى الواجب الكفائى غايته أن التعدد فيه فى ناحية المكلّف دون الواجب بان يكون غرض المولى متعلقا باتيان واجب وتحققه فى الخارج كصلوة الميت مثلا فان غرض المولى انما تعلّق بصدور الفعل من شخص واحد ايّ شخص كان بالغاء الخصوصيات وتعيين شخص خاص مع كون الواجب واحداً فليس معنى ذلك ان وجوبه على هذا الشخص مشروط بعدم وجوبه على الآخر وهكذا و هكذا وعليه فليس مبناه هذا فى المقام صحيحا وموافقا لمبناه فى الاصول وان الواجب الكفائى كما عليه فى الاصول خارج عن الواجب المشروط والترتب بالكلية كما هو واضح ·

ولو سلمنا مبناه فبنائه عليه ليس بصحيح وذلك فان ما ذكره من المحذور من انّه لوكان الضمان على نحو الواجب الكفائى فلازمة عدم ضمان كل منهما فيلزم انعدام الضمان انّما يلزم لوكان الضمان

مقیدا بعدم الضمان الآخر و وجوب الضمان علی الآخر مقیداً بعدم الضمان علی هذا فعلیه لایختص المحذور بباب الضمان بل یجری فی الواجب التکلیفی ایضا فانه یقال لوکان الواجب الکفائی کصلوة المیت مثلا مقیدا بعدم کونها واجبة علی الآخر و بالعکس فیلزم ان لا یکون هنا واجب أصلا و لکن الامر لیس کک فانه ره التزم فی الواجب الکفائی بناء علی صحة المبنی أن الواجب علی هذا الشخص مقید بعدم اتیان الآخر مع الوجوب علیه لابعدم کونها واجبة علی الآخر و الا فالمحذور موجود فی المقامین و عن المقام اذا قلنا ان الضمان علی هذا مقید بعدم اتیان الآخر لابعدم الضمان الذی هو مثل عدم الوجوب علی الآخر فی التکلیفا فلا یلزم المحذور و لا ینافی بکون الواجب علی کل مکلف و جمیعهم و لکن الواجب مقید بمعنی ان کونها واجبة علی زید مقیدة بعدم اتیان الآخر علی الآخر یلزم المحذور و لکن لازمه الالتزام بمثله فی التکلیفیان ایضا و ان کان مقیدا بعدم اتیان الآخر فلا یلزم فیه محذور بوجه حینئذ و هکذافی باب الضمان فانه مطلق و ثابت لکل من وضع یده علی المال وانّما الخروج عن العهدة مقیّد ایّ لزوم ان یخرج هذا عن عهدة الضمان مقید بان لایکون الآخر خارجا عن عهدته و الا فیسقط حق المالک باداء واحد عن الباقین کما لایخفی ٠

و بالجملة ثبوت الضمان علی هذا لوکان مقیدا بعدم الضمان بل لم یقل احد باستحالة هذا النحو من الضمان و ان کان یظهر من بعض کلمات العلامة ذلك و لکن لعل مراده من ذلك نفی الضمان عن کل منهم استقلالاً بحیث یکون لکل واحد منهم ضمان خاص و

يكون المال ثابتا عليه ليلزم كون مال واحد ذى عوضين و بدلين بل ذى ابدال عديدة و الا فلا استحالة هنا بوجه و ما انكرنا على العامة فى باب الضمان الاختيارى لم يكن ذلك من جهة الاستحالة بل من جهة عدم الدليل عليه فلا محذور فيه لو اقتضاه الدليل بل لا بدّ من الالتزام به فى بعض الموارد كما اذا غصب احد مال شخص فغصب منه شخص ثالث فتلف عنده فانه اى المالك يرجع الى ايّ منهما شاء و هذا ليس الا القول بالضمان على طريقة العامة من كونه ضم ذمّة الى ذمة اخرى فتحصّل ان هنا ضمان متعددة لمال واحد فلا يلزم من ذلك التعدد كون قران واحد صاحب ابدال كثيرة بل صاحب بدل واحد ينطبق على الكل على سبيل البدلية .

ثم مع الالتزام بالواجب الكفائى اى بكون الضمان هنا كالواجب الكفائى فما الفرق بين هذا المقام و سائر الواجبات الكفائية فلما ذا يجوز للسابق منهم ان يرجع الى اللاحق مع عدم الغرور و ليس كذلك فى موارد اخرى من الواجبات الكفائية كما اذا كان شخص عطشاناً فيموت به فيجب على كل من اطلع على حاله ان يسقيه بالماء ولو كانت قيمته الف فاذا سقاه أحد فليس له ان يرجع الى اشخاص آخرين ممن اطلعوا على حاله فللمقام اى خصوصية اقتضت جواز رجوع من ادى ما ضمنه الى الضامن الآخر .

و قد اجيب عن هذا الاشكال بوجوه منها ما فى حاشية السيد من انه كما ان فى صورة الاتلاف يكون المتلف سببا لتنجّز الضمان على السابق فبقاعدة استناد الفعل الى السبب لكونه اقوى من المباشر ففى صورة التلف ايضا انّ من عنده تلف المال فهو سبب

لتنجّز الضمان للسابق ایضا فانه ای اللاحق کان له الاختیار فی رده الی المالك فحیث أنه بسوء اختیاره لم یرده الیه فیکون هو السبب لتنجّز الضمان علی السابق فیرجع السابق الی اللاحق مع رجوع المالك الیه لذلك ای لقاعدة استناد الفعل الی السبب ثمّ قال انه بعد ذلك لا احتیاج الی التوضیح الذی ذکره المصنف .

وفیه ان هذا علی تقدیر تمامیته فی الاتلاف بدعوی کون المتلف سببا لثبوت الضمان علی سابقه فبمقتضی ان السبب اقوی من المباشر فیرجع السابق لو رجع الیه المالك الی لاحقة المتلف فهذا له وجه فی صورة الاتلاف مع وضوح المناقشة فیه ایضا اذ الاتلاف لیس سببا للضمان هنا بل الضمان قد تحقق قبله بمقتضی الید فضمن المال المأخوذ السابق واللاحق کلیهما حتی یودّیا المال الی مالکه فلم یتوقف ذلك بشیٔ اصلا وانما الاتلاف اوجب الانتقال الی الذمة فهو معنی آخر غیر الضمان فلا یکون اللاحق سببا لضمان السابق بل سبب الضمان فی کلهم انّما هو الاخذ بالید والاستیلاء علی مال الغیر کما هو واضح ...

ومع الغمض عن ذلك فلا وجه لتسریة الحکم الی صورة التلف ایضا فان المال اذا تلف عند اللاحق بلاتسبیب واتلاف بل بتلف سماوی فلما ذا یرجع السابق الیه مع کون نسبة ضمانه الیهما علی حد سواء اذ کل منهما وضع یده علی ذلك المال ولم یفعلوا شیئا یوجب اتلافه بل تلف ذلك ببلاء من اللّه فلما ذا یختص اللاحق بالضمان دون السابق فلا یمکن قیاسه بالاتلاف لعدم التسبیب هنا بوجه وان کان هناك ما یوجب تصویر التسبیب اجمالا فکون اللاحق

مختارا فی رد العین الی المالك فلم یرده فتلف عنده لایکون سببا لثبوت الضمان اللاحق فانّ اللاحق مع السابق سیّان فی ذلك المعنی لکون السابق ایضا مختارا فی رد العین الی مالکها کما لا یخفی ٠

انتهی کلامنا الی انه یرجع السابق الی اللاحق فی صورة تعاقب الایدی علی المال المغصوب الا فی صورة الغرور و لا یرجع اللاحق الی السابق الا فی صورة الغرور مع ضمان کلّهم علی المال المأخوذ و قد اجیب عن ذلك بوجوه ٠

منها ما اجاب به السیّد فی حاشیته بقوله یمکن الجواب بعدم الفرق بین التلف و الاتلاف فی صدق السببیة الخ ٠

و منها ما اجاب به المصنف وحاصل کلامه علی ما یظهر من ظاهرعبارته أن الغاصب الاول أو من فی حکم الغاصب ای بایع مال الغیر مثلا بالبیع الفاسد بعد اخذه من الغیر کذلك انما هو ضامن للعین نفسها فالغاصب الثانی و من فی حکمه انّما هو ضامن للعین و بدلها اما العین فلمالکها و اما البدل فللضامن الاول و هذا بخلاف الضامن الاول فان فی زمان کون العین تحت یده لم تتلف لیضمن العین بمالها بدل بل کان ضمانه منحصرا بالعین وحدها و اما الضامن الثانی حیث ان العین قد تلفت عنده فیکون ضمانه بها بماله البدل وهذا الضمان بالبدل ضمان لما استقر تدارکه فی ذمة الاول فالضامن الثانی لما ضامن لاحد الامرین اما العین او البدل علی نحو البدلیة بنحو الضمان العوض والحاصل ان من تلف المال فی یده ضامن لاحد الشخصین علی البدل من المالك و من سبقه فی الید فتکون ذمته مشغولة بشیئین

على سبيل البدلية اما تدارك نفس العين أو تدارك بدلها فحال الاول مع الثانى كحال الضمان مع المضمون عنه فانّ الضامن لشخص عن دين بامره انّما يرجع الى المضمون عنه مع اداء دين الدائن و الا فلا يستحق بذلك فاذا رجع المغصوب منه الى الاول فاخذ منه تدارك العين فيرجع هو الى الثانى فياخذ منه تدارك ما استقر فى ذمته لضمان الثانى على ذلك ·

و بالجملة أن ظهور كلام الشيخ (ره) فى الغاصب الثانى انّما انه ضامن لتدارك العين للمالك و بدلها لتدارك ما فى ذمة الغاصب الاول للاول وعلى هذا فيندفع اشكال عدم صحة رجوع السابق الى اللاحق فى صورة عدم الغرور اذ السابق يطالب من اللاحق ما استقر فى ذمته فيرجع اليه فى ذلك وهذا بخلاف ما اذا رجع المالك الى الثانى فانه لايرجع الى اللاحق فى غير صورة الغرور لعدم اشتغال ذمته للثانى كاشتغال ذمة الثانى للاول ·

فما لم يرجع المالك الى الاول ليس له ان يرجع الى الثانى لانّ الاول لم يتدارك العين للمالك حتى يرجع الى الثانى فى البدل الذى حصل به التدارك وانّما له الرجوع اليه بعد ما رجع المالك الى الاول ·

وفيه اوّلا وقبل كل شئ ان الغاصب الاول والثانى وهكذا لم يضمنوا الا العين بمجرّد وضع اليد بها فلم يضمنوا ببدلها قبل التلف فبالتلف أو الاتلاف ينتقل الضمان بالبدل لانتقال العين الى الذمة وهذا المعنى مشترك بين جميع من تعاقبت يده على العين المغصوبة من دون فرق بين الاول والثانى فما ارتكبه المصنف لا

يمكن المساعدة به لعدم الدليل عليه و بالجملة ان قبل التلف ـ كلهم ضامنون بالعين و بعده كلهم ضامنون بالبدل فليس هنا ضمان على العين مما له البدل ليكون الضمان من اللاحق على تدارك نفس العين او بدلها على البدل بحيث يكون مخيرا بين البدل و المبدل ٠

وقد اجاب السيّد فى حاشيته عن ذلك بوجوه سبعة و ان كان يمكن الجواب عن بعضها و العمدة منها ثلثة الاول مما لا جواب عنه أن السابق ايضا يصدق عليه انه ضامن شيئ له بدل فانه و ان لم يكن حين حصول العين فى يده لها بدل لان ضمان اللاحق لم يتحقق فى ذلك الحين لفرض حصوله بعد وضع اليد عليها الا ان الملاك فى استقرار الضمان بالنسبة الى الكل انّما هو بعد التلف فح يصدق ان كلا منهم ضامن لما له يدل فان المناط ليس حال حدوث الضمان بل حال فعليته ٠

و بالجملة حين التلف الذى هو زمان الانتقال الى القيمة يصدق بالنسبة الى الكل أنه ضامن لما له بدل بل أبدال ٠

الثانى أن مقتضى ذلك كون ضمان الاول ايضا لمالك العين لا لمن عليه البدل فان البدل الذى فى ذمة السابق انما هو لمالك العين فبدله و هو ما فى ذمة اللاحق ايضا يكون للمالك و هو من له البدل ولا وجه لكونه لمن عليه البدل وهو الضامن السابق ٠

الثالث اذا فرضنا ان العين بعد ما صارت فى يد اللاحق رجعت الى السابق فتلفت فى يده فالظاهر أنه لايجوز للسابق

حینئذ اذا رجع الیه المالك أن یرجع الی اللاحق فلازم بیان المصنف ان یکون له الرجوع علیه لانه یصدق علی اللاحق أنه ضمن شیئا له بدل بخلاف السابق و دعوی أنه بعد ما رجعت العین الی السابق ینقلب السابق الی اللاحق دعوی باطل بان الضمان انّما حدث باثبات یده الاول وفی ذلك الحین لم یکن له بدل و بعد العود الیه لایحدث ضمان آخر مثلا اذا غصب عینا وضمن فاعطاه غیره أواخذ منه قهرا ثم ردّه ذلك الغیر الیه لایحدث ضمان آخر لاجل هذه الید الثانیة بل الضمان الحادث أولا باقی و قرار الضمان علی الغاصب الاول اذا تلف المال فی یده بعد العود الیه ولازم بیان المصنف قده أن یکون قرار الضمان علی الغاصب الثانی مع أنه لم یتلف فی یده وقد ذکر الاشکالات الآخر ایضا ٠

ثم انّ شیخنا الاستاد لم یرض بما فهمه السید ره من کلام الشیخ ره وانّما حمل کلامه علی الضمان الطولی وقال انّ الضمان العرضی بحیث یکون لمال واحد ضمانان غیر معقول وحاصل ما قاله مع طول کلامه أن الایرادات السبعة المذکورة فی کلام السید ره مبنیة علی ارادة المثل والقیمة من البدل لیکون بدلا لاصل المال من المنافع وعلوّ القیمة و نحوهما خ للقول بان ثبوت مثل ذلك علی السابق وجه واما لوکان المراد من البدل فی کلام المصنف البدل الطولی بمعنی أن السابق متعهد للمال قبل اللاحق و اللاحق متعهد لما فی ذمة الاول وعهدته فالمال الواحد فی ذمم کثیرة بهذا النحو من الظرفیة و هذا منشاء رجوع السابق الی اللاحق دون العکس لکون اللاحق بهذا الاعتبار ضامنا للمالك و للسابق لان ذمته

مخرج لما يؤخذ من السابق فهو يضمن على البدل اما نفس العين بما انها فى ذمة السابق واما ما يؤخذ من السابق فلا يرد أن كلا منهما ضامنان للبدل .

وانما التزمنا بالزمان الطولى لاستحالة تعهد شخصين لمال واحد عرضا بان يكون ذمة كل منهما ظرفا لمال واحد فانه نظير ثبوت شئ واحد فى آن واحد فى امكنة المتعددة فيما يمكن هو التعهدات الطولية على النحو الذى ذكرنا نظير التعهد الطولى فى الضمان الاختيارى فى باب الضمان فان الضامن بضمانه دين المضمون عنه يكون المال منتقلا من ذمة المديون الى ذمة الضامن فيكون هو المطالب بالمال دون المديون فلا يرجع الضامن الى المضمون عنه الا بعد الاعطاء فكذلك السابق هنا لا يرجع الى اللاحق الا بعد الاعطاء و بالجملة فكلام الشيخ فى بيان تلك الجهة و الضمان الطولى.

وفيه مع بعد ارادة ذلك من كلام المصنف بظهوره فيما قلنا وفيما فهمه السيّد انّ هذا الّذى افاده الاستاد وان كان ممكنا فى مقام الاثبات والوقوع .

وما افاده من استحالة ضمان شخصين لمال واحد لا يرجع الى محصل بل مما لا مناص عنه فى بعض الموارد كما تقدم من انه اذا غصب احد مال شخص وغصب الآخر منه فتلف عنده فانّ المالك له الرجوع باى منهما شاء وانّ كل منهما ضامن للمال فالضمانان عرفيان كما لا يخفى .

وكيف كان فيقى الاشكال بلا جواب فلم يكن جواب عنه لا بما ذكره المصنف بالضمان العرضى ولا ما ذكره السيّد ره بقاعدة استناد

الفعل الی السبب لکونه أقوی و لا ما ذکر الاستاد من الضمان الطولی الذی نسبه الی الشیخ ره ·

و من الاجوبة ما اجاب به صاحب الجواهر من أن التکلیف المتوجه الی الغاصب الاول تکلیفی محض متعلق باداء ما اخذه بالمثل أو القیمة و التکلیف المتوجه الی الغاصب الثانی(ای الثانی هنا کالمعقول الثانی و ان تعددوا) تکلیف وضعی مضافا الی التکلیفی لکون إلمال تالفا عنده و بضمیمة أن الغاصب الاول باداء عوض التاف یکون مالکا له بالمعاوضة القهریة و ان کان معدوما کملك المعدوم فی المعاملة الخیاریة فان ذی الخیار بفسخه المعاملة یکون مالکا للمثمن مع التلف لو کان الخیار من الخیارات التی لا تسقط بالتلف و فی المقام ایضا یکون کذلك وعلی هذا فان رجع المالك الی الثانی فیسقط عن الاول ذلك الحکم التکلیفی و ان رجع الی الاول فباعطاء البدل من المثل او القیمة یسقط عنه الحکم التکلیفی فیرجع فی المال البدل الی الثانی فانه هو الذی اشتغل ذمته بالبدل لتوجه التکلیف الدعی علیه و اورد الشیخ ره علی کلتاجملتیه اما الجملة الاولی فبوجوه ثلثة ·

الاول انه راجع بمقام الثبوت و مبنی علی ما اسسه فی باب الاستصحاب من ان الاحکام الوضعیة منتزعة من الاحکام التکلیفیة ·

وحاصل ذلك انّ الحکم الوضعی هنا منتزع من الحکم التکلیفی ففی أی مورد حکم تکلیفی متوجه علی المکلف باداء العین او المثل او القیمة ففی ذلك المورد ایضا حکم وضعی و الا فلا ·

و قد قلنا فی محلّه انه لامعنی لانتزاع الاحکام الوضعیة من

الاحكام التكليفية و الظاهر انه مما لاخلاف بين الفقهاء أن من يجب عليه الانفاق على من يجب انفاقه عليه من الاب و الامم و الاولادو الزوجة انه لو خالف و لم ينفقهم انه لايضمن بالاولادو الاب والام و لكن يضمن بالزوجة مع ان الحكم التكليفى موجود فى جميعهم فاى فرق بينهم هذا ما يرجع الى مقام الثبوت و الاخران يرجعان الى مقام الاثبات ·

الثانى انه لادليل على عدم ضمان الاول بل الثانى فقط فان سبب الضمان ليس الا اليد فهى بالنسبة اليهما على حد سواء وكون التلف او الاتلاف تحت يد الثانى لايوجب الا انتقال البدل الى الذمة دون اصل الضمان كما لايخفى ·

الثالث أن لنا دليل على ضمان الاول فان السيرة قائمة على اشتغال ذمة الغاصب الاول بما اخذه من الغير باليد العادية او بالبيع الفاسد وان اعطاه الى الغير بلا غرور و من هنا لو مات لكان ما فى ذمته من جملة ديونه و يصح الصلح عليه فلو كان المتوجه اليه مجرّد الحكم التكليفى لم يكن وجه لهذه الامور بل لو لم يدفع لاجبر بذلك مع انّه لاوجه لذلك مع كون الخطاب تكليفيا محضا بل يسقط بالعصيان و بالموت فلا وجه للاخذ من ماله او اجباره على الدفع وغير ذلك من الاحكام المتعلقة على ما فى الذمة ·

و اما ما يرجع الى الجملة الثانية من ان الغاصب الاول يملك باعطاء البدل ذلك البدل فى ذمة الغاصب الثانى بلاوجه لوجهين الاول انّ التملك لايحصل الا بسبب اما اختيارى أو غير اختيارى كالارث ففى المقام شئ منهما غير موجود فباى سبب ملك الاول ما

فی ذمة الثانی لیکون هذا سبب الرجوع الیه بل یسقط حق المالك بمجرّد اداء واحد لعدم بقاء الموضوع له و هذا الذی افاده راجع الی مقام الاثبات ایضا و انه لا دلیل لتملك الاول لما فی الذمة الثانی وان کان معقولا فی الواقع و مقام الثبوت ٠

الثانی ان لازم ذلك ان لا یرجع الاول مع رجوع المالك الیه الا الی من تلف المال فی یده فانّ باعطائه البدل یسقط الاحکام التکلیفیة المتوجة علی الغاصبین لاداء البدل فلم یبق الا الاخیر لکون خطابه ذمیا فلا یسقط باداء الاول فلابد من ان یرجع الیه فقط دون غیره مع انهم ذکروا انّه یجوز ان یرجع الی ای منهم شاء فان رجع الی الاخیر فتم المطلب وان رجع الی الوسط فیرجع الوسط الی الاخیر فهذه الایرادات غیر الایراد الاول لابأس بها لتمامیتها اذن فلا وجه لهذا الجواب الذی سلکه صاحب الجواهر فبقی الاشکال علی حاله من انه کیف یرجع السابق علی اللاحق مع رجوع المالك الیه فی غیر صورة الغرور وکذلك کیف لا یرجع الثانی الی الاول فی غیر صورة الغرور مع رجوع المالك الیه و اذا رجع المالك الی الوسط فلماذا یرجع الی اللاحق فلا یرجع الی السابق فی غیر صورة الغرور ٠

و لکن الذی ینبغی ان یقال ان لصاحب الجواهر اخذ الجملة الثانیة و ترك الجملة الاولی بان یقال أن الغاصب الاول یملك التالف المعدوم کملك المعدوم فی باب الخیارات و الذی یوضح ذلك أمران فالاول منهما أوضح من الثانی ٠

الاول أنّ فی موارد الضمانات بالاتلاف بان غصب احد اوسرق

مال الغير فاتلفه أو أتلفه سهواً و نسياناً فان النسيان لاينافى الضمان كما قرر فى حديث الرفع لاشبهة أن للمالك أن يرجع الى المتلف اذا اراد و ياخذ منه بدل ماله وما بقى من ماله من الرضاض و الكسور فهو للضامن و ليس للمالك ان يدعى كون الرضاض له مثلا لو اتلف أحد سيارة احد بالكسر او ذبح فرس شخص أو اهلكه و غير ذلك و رجع اليه المالك و أخذ منه بدل ماله من المثل او القيمة فليس له أن ياخذ رضاض السيارة اوجلد الفرس أو ميته فانّه ذلك كله حق للضامن و الا فلو كان للمالك يلزم الجمع بين العوض و المعوض ولو كان للاجنبى فهو خلاف البداهة فيكون للضامن و هذا الذى قامت عليه السيرة العقلائية بل سيرة المتشرعة من الزمن الفعلى الى زمان المعصوم (ع) وعلى هذا فاذا او الغاصب الاول بدل العين فيكون التالف بالمعاوضة القهرية الا اذا كان اعتبار الملكية هنا لغوا كما اذا كان الغاصب واحدا فتلف عنده المال فاخذ المالك منه فاعتبار ملكية التالف له لغو لما قلنا من امكان مالكية المعدوم فحيث انّه تلف عند اللاحق فيرجع اليه و بالجملة على هذا فرجوع السابق الى اللاحق انّما هو مقتضى السيرة العقلائية القطعية كما هو واضح .

الوجه الثانى انه لاشبهة فى انّ التالف فى موارد التلف الذى ليس الا للمتلف بعد رجوع المالك اليه بمقتضى السيرة العقلائية القطعية فيكون المقام مثله مثلا لو غصب احد مال شخص من الجواهر و الاحجار الثمينة أو سرقه أو بغير ذلك فالقاه فى البحر بحيث يعد ذلك فى العرف تلفا عرفيا فرجع اليه المالك فاخذ منه مثله ان كان مثليا أو

قیمته ان کان قیمیّا فان قلنا ان ذلك الجواهر فی قعر البحر للمالك ایضا بحیث لو وجد لکان له فیلزم الجمع بین العوض و المعوض فهو ضروری البطلان و ان قلنا انه یکون ملکا للاجانب او کالمباحات الاصلیة فهو خلاف الضرورة من العقلاء و الفقه فلم یبقى الا ان یکون للضامن بعد اعطاء عوضه و فی المقام ایضا کذلك و یتضح ذلك وضوحا بملاحظه موارد التلف الحقیقی و موارد التلف العرفی اذن فلا یلزم شئ من الاشکال فیندفع المحذور من اصله بانه کیف یرجع السابق او الوسط الى اللاحق مع رجوع المالك الیه دون العکس .

و الحاصل ان الوجه فی رجوع السابق الى اللاحق هو ان السابق باعطاء بدل التالف الى المالك یکون مالکا للتالف الذی فی ذمة من تلف عنده بالمعاوضة القهریة فیعتبر الملکیة فی ذمة المتلف لکون الاعتبار حقیف المئونة فبرجوع المالك الیه یتحقق ذلك الاعتبار فیرجع الى اللاحق لذلك و الذی یوضح ذلك أمران الاول أن فی موارد التلف الحقیقی لو بقیت اجزاء من العین التالفة فتکون تلك الاجزاء داخلة فی ملك الغاصب باعطاء البدل لانه لو لم یکن ملکه بالمعاوضة القهریة فلابدّ اما من القول بکونها من المباحات الاصلیة فهو بدیهی البطلان و اما کونها للمالك فیلزم الجمع بین العوض و المعوض فیکون ملکا للغاصب و هذا المعنى ممّا قامت به السیرة العقلائیة کما یظهر لمن یلاحظ موارد ذلك .

الامر الثانی ملاحظة موارد التلف العرفی کما اذا سرق السارق مال غیره او غصبه او اخذ بغیر ذلك العنوان فالقاه فی البحر فطالبه المالك و اخذ منه بدله فیکون ذلك التالف عرفا للمتلف بالسیرة

العقلائية فاذا خرج من البحر او وجد من الموضوع المفقود فيكون للغاصب وليس ذلك من المباحات الاصلية ولا انه للمالك الاول لكون كل ذلك خلاف مقتضى السيرة القطعية وليس ذلك من قبيل البدل الحيلولة فان موردها كما تقدم صورة تعذر الوصول الى المال ومن هنا لو صاد أحد طيرا فجعله فى قفس ففتح بابه ثان فطار الطير فاعطا بدل ذلك الطير ثم قتله ثالث بالبندقة ونحوها فيكون ضامنا للثانى فانه باعطاء العوض يكون مالكا لذلك الطير وهكذا و هكذا فانّ السيرة فى امثال جميع ذلك محكمة ·

و مانحن فيه من هذا القبيل حيث انّ الغاصب الاول واذا اعطى بدل التالف للمالك مع الرجوع اليه فيكون بذلك مالكا لذمة من تلف المال عنده فيستحق بذلك الرجوع الى اللاحق لاعتبار ملكيته فى ذمته لعدم كونه لغوا ·

نعم فيما كان لغوا لا يعتبر الملكية كما اذا كان الغاصب بنفسه ممن تلف المال عنده فاعتبار الملكية له على التالف بحيث لم يبق منه شئ من الاجزاء و الرضاض لغو محض هذا كله فى وجه رجوع السابق الى اللاحق ·

واما وجه عدم رجوع اللاحق الى السابق مع كون ذمة كلهم مشغولة بالتالف ·

وقد افاد السيد فى وجه ذلك ان اللاحق هو السبب لضمان السابق حيث انه باختياره ترك الرد الى المالك فتلف عنده فصار سبب الضمان السابق فيكون الضمان عليه وعلى السابق ولكن مع رجوع المالك اليه لا يرجع الى السابق فلو كان وسطا يرجع الى لاحقه

فى غيرصورة الغرور .

وفيه أنه قد تقدم جوابه من انه مع قبول صحة استناد الضمان الى السبب فى امثال المقام لكونه اقوى ولم نستشكل فى اقوائية مثل تلك التسببات أن السبب للضمان ليس عدم رد الثانى الى المالك بل انما هو الاخذ باليد العادية فهى صارت سببا لضمان كل من السابق واللاحق فهواى هذا السبب مشترك بين السابق واللاحق فلا وجه لتخصيص ذلك السبب باللاحق والقول بانّه صار سببا للضمان كما هو واضح لايخفى بل الوجه فى ذلك أن الاخذ باليد انما يوجب الضمان الى ان يرد المأخوذ الى المالك بمقتضى قوله (ع) على اليد ما اخذت حتى تؤدى فما لم يردّه الى مالكه امّا بالعين مع البقاء او بالمثل او القيمة مع التلف لايبرء ذمته بل هذا هو مفاد السيرة العقلائية كما تقدم فى ما لا يضمن .

وعلى هذا فالغاصب الاول حيث انه اعطى المال للثانى فباعطائه تحقق الاداء فهذا الاداء وان كان قبل وصول المال بعينه او بعوضه الى مالكه لايفيد بوجه بل هو أدا غير مشروع ولكن بعد ما أداه الغاصب الثانى بعينه أو بمثله وقيمته الى مالكه فيكون مالكا للتالف ان كان لاعتبار الملكية هنا فائدة فاذا رجع هذا الثانى الى الاول وادعى منه ما ملكه بالمعاوضة القهرية فيقول فى جوابه اعنى اديته لك فردنى ما اعطيتك فاعطى لك مالك باداء المثل او القيمة فيكون ادائه هذا مفيدا فى المقام وبعبارة اخرى انك عرفت أن الضمان هنا نظير الواجب الكفائى وعليه انّ الواجب الكفائى وان كان واجبا على كل مكلّف الا ان الآثار تترتب على ما يكون مأتيا فى

الخارج و تشخص بوجوده الخارجى كما ان الامركذلك فى الواجب التخييرى وان كان الماتى مصداقا للجامع اعنى الجامع بين هذا او ذاك فلايخرج هذا الجامع عن جامعيته و بعبارة اخرى ان التشخص انما يكون بنفس الوجود فما يكون موجودا فى الخارج فهو المتشخص المحط للاثار لا الافراد الاخر الفرضية وعلى هذا ففى المقام ان الاثار انما يترتب على كل من ادى بدل العين لمالكها فيكون مالكا لذمة من اخذ المال منه بلا غرور فهذا واضح جدا و ان كان فى اصله غير مشروع كما هو واضح ٠

و من لاحق لللاحق ان يرجع الى السابق ٠

ثم انّ المالك لو تبرع حقه للاول و أفرغ ذمته و أسقط الضمان عنه فهل يكون له ان يرجع الى اللاحق لاختصاص التبرع له أو يكون التبرع للاول تبرعا لللواحق ايضا فهنا مقامان الاول فى اختصاص التبرع بالاول أو عمومه للتوابع ايضا و الثانى أنه على تقدير كون الاسقاط عن الاول فقط فهل له أن يرجع الى الثانى ام لا ٠

اما المقام الاول فالظاهر أن اسقاط المالك حقه عن الاوّل ابراء عن الجميع فليس له لن يرجع الى الثانى فى ذلك لانه ليس هنا الا مال واحد كالدرهم الواحد مثلا و ان كان الضمناء كثيراً فاذا اعرض المالك عن هذا المال فلا يبقى هنا شئ لتكون ذمم الضمناء الآخر مشغولة بذلك اذن فيكون اسقاطه عن الاول اسقاطا عن الثانى ايضا حتى مع التصريح بانى أسقط من الاول فقط فانه تصريح بلا فايدة و تناقض فى الكلام فيكون غير معقول ٠

و اما المقام الثانى فعلى تقدير اختصاص الابراء بالاول فقط

فهل له ان یطالب من اللاحقین ام لا الظاهر لا فانه انما یجوز له ان یطالب اذا ملك ذمة الثانی ففی هنا لم یعط شیئا للثانی لیملك مطالبته غایة الامر اسقط المالك ذمته وانما قلنا ان له الرجوع الی الثانی اذا ادّ المال للثانی ٠

او غصب الثانی المال منه وهنا لیس الامر کذلك ثم اذا توقف ردّ المغصوب الی المئونة فلابدّ له ای للغاصب من صرف ذلك حتی یمکن ایصاله الی المالك ودفع ذلك بانه ضرر علی الغاصب معارض بکون عدم الصرف ضررا علی المالك فلو لم یکن طریق الی الوصول الی المال الا بواسطة المالك کما اذا کان فی البحر فلم یکن یعرف السباحة الا المالك فحاله حال الاشخاص الاخرین فی مطالبة الاجرة فله أن یطالب الاجرة لاخراجه من البحر٠

والحاصل أن الردّ اذا احتاج الی مئونة فلابدّ للغاصب أن یصرف ذلك حتی یردّ العین الی مالکه وتوهم نفی لزوم ذلك بدلیل لاضرر بلا وجه اذ عدم الصرف کك یستلزم عدم ردّ المغصوب الی المالك فهو ضرر علیه ودلیل نفی الضرر انما ورد فی مورد الامتنان فلا یشمل الموارد التی یکون فیها ضرر علی الغیر مع کونه متعارضا٠

فرع آخر اذا کان المالك مقدورا علی الوصول الی ماله مع کونه محتاجا الی المئونة فهل له مطالبتها من الغاصب ام لا ففی هنا ثلثة فروع الاول فی جواز مطالبة اصل الاجرة علی فعله من الغاصب الظاهر أنّ له ذلك فان حاله حال الاشخاص الاخر فکما ان لهم مطالبة الاجرة علی تحصیل ذلك المال ورده الی مالکه وکك نفس المالك له ذلك ولا دلیل علی الزامه علی ذلك بلا اجرة کما

هو واضح ·

الثانى أنه لو لم يرض المالك الا باحضار ماله الا بنفسه بحيث يكون هو بنفسه متصديا للانقاذ من البحر و نحوه مع امكانه لغيره ايضا فهل له ذلك ام لا الظاهر أنه لا يجوز للغاصب ان يباشر بنفسه او بغيره للاداء الا مع رضاية المالك بذلك فان ذلك ايضا تصرّف فى مال الغير فهو غير جائز الا باذن مالكه فيباشر بنفسه فياخذ الاجرة من الغاصب ·

الثالث لو طلب اجرة زائدا من أجرة المثل مع انحصار الاداء بطريق فعل المالك فقط اما تشريعا لعدم رضايته بتصرف الغيرفى ماله او تكوينا لعدم تمكن الغير من الوصول الى المال و ادائه الى مالكه بل الاداء منحصر بنفى المالك فهل له ذلك المطالبة بحيث يطلب من الغاصب أجرة زائدة على أجرة المثل ارغاما لا نفه كما اذا كان أجرة الاداء لمثل هذا المال عشرة فهو يريد خمسين الذى ازيد من قيمه العين ايضا الظاهر أنه لامانع من شمول دليل لاضرر على ذلك لنفى استحقاق المالك مطالبة الاجرة الزائدة على الرّد من الاجرة ولايكون مانع عن شموله للمقام ·

ثم اذا تعذر ردّ العين الى مالكه الا بعد مدة مديدة وحال الغاصب بذلك بين المالك و ماله فهل له ان يطالب بدل الحيلولة من الغاصب على ذلك ام لا الظاهر لا لما تقدم من عدم تمامية أدلة بدل الحيلولة بوجه فلا نحتاج الى الاعادة ·

قوله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه ·

اقول اذا باع الفضولى مال نفسه مع مال غيره فهل يحكم بصحة

ذلك البيع مطلقا او ببطلانه كذلك او يسقط الثمن بالنسبة الى مال نفسه و مال غيره فيحكم بالصحة فى مال نفسه مطلقا او مع الخيار للمشترى و بالبطلان فى مال غيره وجوه و للكلام هنا جهات ٠

الاولى فى اصل صحة البيع و الظاهرانه لم ينسب الخلاف هنا الا الى الاردبيلى ره و قد خالف فى المسئلة و ذهب الى الفساد و تحقيق الكلام انه تارة نقول ببطلان الفضولى و اخرى بصحته و ان قلنا بالاول فالظاهران البيع بالنسبة الى مال نفسه صحيح و بالنسبة الى مال الغيرفاسد و لم نسمع الخلاف هنا من احد الا من الاردبيلى فانه ذهب الى الفساد وعمدة الوجه فى البطلان ما ذكر فى المسئلة الآتية اعنى بيع ما يملك مع ما لايملك كالشاة مع الخنزير و العصير مع الخمرفان المناط فى صورة القول ببطلان الفضولى فى المسئلتين واحد فذلك وجهان و قد ذهب الى الفساد ايضا بعض الشافعيّة بتوهم ان العقد الواحد لايتبعض ٠

الاول ان ما هو مقصود للبايع و مبرزحين الانشاء لم يقع فان المبرز بيع الشاة مع الخنزير و فى المقام هو بيع ما يملك و ما لايملك و ما وقع اعنى بيع الشاة فقط او بيع ما يملك فقط لم يقصد فتخلف القصد عن الانشاء فيحكم بالبطلان فى كليهما كما ذهب اليه الاردبيلى

و فيه ان البيع و ان كان واحدا بحسب الصورة و الظاهر و فى عالم الانشاء قد انشأ بانشاء واحد الا أنه فى الواقع و الحقيقة بيعان فيكون هذا فى الانحلال مثل العام الاستغراقى و ان كان بينهما فرق من جهة غاية الامرقد ابرز و انشأ بابرازواحد و انشاء فارد غاية الامركل منهما منضم الى الاخر و مشروط بهذا الانضمام

فى ضمن العقد فلا يلزم من ذلك فساد العقد بل يثبت الخيار للمشترى بالنسبة فى بيع مال نفسه فيكون صحيحا خياريا .

الثانى انه باطل لجهالة الثمن اذ لايعلم أنه اىّ مقدار من الثمن قد وقع فى مقابل الشاة وفى مقابل مال نفسه فى ما نحن فيه فيكون نظيران يبيع ماله بما فى الكيس من الداراهم فيحكم بالفساد وفيه ان الجهالة من حيث هى ليست موجبة للبطلان و انما هى توجب البطلان من جهة الغرر الذى نهى النبى(ص) عنه فى البيع فاذا لم تستلزم الغرر فلا توجب البطلان وفى المقام لايلزم منها غرر اذ يعلم مقدار ما يقع فى مقابل الشاة فى المسئلة الآتيه و ما يقع فى مقابل مال نفسه فى هذه المسئلة ولو بالاجمال الغير الموجب للغرر نظيران يشير الى صبرة معينة و يقول بعتك كل صاع منها بدرهم فان ثمن الصبرة وان لم يكن معلوما بالتفصيل الا انه معلوم ان كل صاع منه بدرهم فيكون معلوما بالاجمال الغير الموجب للغرر .

وفى المقام يعلم ان مقدارا من الثمن المعلوم واقع فى مقابل ما يملك وان كانت النسبة غير معلومة حقيقة ولكن بالتقسيط يعلم تفصيلا فاصل الثمن معلوم وليس مثل بعتك هذا بما فى الكيس الذى لايعلم انه اىّ مقدار من المال كما لايخفى .

ومما يدل على عدم كون الجهالة بما هى موجبة للبطلان انه لو باع مال نفسه مع مال غيره مع اذن المالك فانه لم يفتوه احد ببطلان المعاملة هنا مع ان الثمن فى كل منهما مجهول تفصيلا بجهالة غير موجية للغير فلو كانت الجهالة من حيث هى موجبة

للبطلان مع قطع النظر عن كونها مستلزمة للغرر فلازمه القول بالبطلان هنا ايضا فنكشف من ذلك عدم كونها موجبة لذلك كما لا يخفى اذن فيبقى فى المقام احتمال وجود الاجماع فقط على البطلان فهو مقطوع العدم اذ بعد معروفية عدم الخلاف فى الصحة الا عن الاردبيلى فكيف يمكن دعوى الاجماع على البطلان بل الاجماع على الصحة كما هو واضح وكيف كان فمقتضى القاعدة فى المقام هو الصحة ومع الغض عن ذلك وعدم القول بالصحة بحسب القواعد فيدل عليها الخبر من الصفار من انه اذ باع مال نفسه مع مال غيره فيبطل فى مال الغير ووجب فى مال نفسه فافهم ٠

واما لو قلنا بصحة الفضولى فان اجاز فلا كلام لنافيه فان الاذن اللاحق لا يقصر عن الاذن السابق فاحتمال الفرق بين الاذن السابق والاذن اللاحق مجازفة ٠

وان ردّ المالك فياتى فيه كلّما تقدم فى صورة القول بفساد العقد الفضولى من الوجهين ٠

قوله ثم ان صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيد فى بعض الكلمات

اقول قيد بعضهم صحة البيع فى مال نفسه اذا لم يفض الرد الى محذور آخر شرعى كلزوم الربا وعدم القدرة على التسليم ومثلوا للاول بانه لو باع درهم نفسه مع دينار غيره بخمسين درهما فان هذا البيع من حيث المجموع صحيح كما اذا كان كليهما لنفسه وعلّل بعضهم ذلك بانّ كل جنس يقع فى مقابل الجنس الآخر الا انّه علل بعد الوقوع فلا بأس به فاذا رد المالك البيع فى الدينار فما يقع من الدراهم بعد التقسيط فى مقابل الدرهم اكثر منه فيلزم الرباء

و مثلوا للثانى ما لو باع عبد الآبق لنفسه مع عبد الغير، الغيرالآبق فرد المالك البيع فى مملوك نفسه فيكون بيع نفسه ايضا باطلا لتمحّض البيع بالآبق فهو باطل للجهالة و لزوم الغرر فانّ بيع الآبق انما هو مخصوص بصورة الضميمة فقط فلا يصح فى غير هذه الصورة و من هنا لا يصح اجارة الابق مع الضميمة ايضا .

و لنا فى ذلك كلام حاصلة انّك عرفت ان اتحاد البيع بحسب الصورة و الانشاء لا يضرّ بتعدده واقعا وعليه ان بيع دينارغيره مع درهم نفسه لا يخرج المعاملة عن الربوية على تقدير الامضاء ايضا كما انّ ضم عبد غيره بعبد نفسه الآبق لا يخرج بيع العبد الآبق عن كونه بيع آبق بلا ضميمة لفرض تعدد البيع مع الانحلال اذن فيكون البيع ربويّا من الاول و بيع آبق من الاول نعم ثبت جوازهما فيمااذا باع عبد نفسه مع عبده الآبق فانه ثبت جوازه شرعا بنصّ خاص و الا فمقتضى القاعدة كان عدم جوازه للغرر و من هنا لا يصح اجارة الآبق مع الضميمة كما تقدم وكذلك ثبت شرعا جواز بيع مجموع الدرهم و الدينار الذين لنفسه بمجموع الدرهم و الدينار الذين اكثر من ماله فانّ جواز ذلك ثبت بدليل خاص و اما لو باع مال غيره كذلك فلا مخرج لذلك عن محذور الربا لكونه منحلا مثل العام الاستغراقى الى الافراد العديدة و ان كان بينهما فرق من جهة ياتى فى الجهة الثانية .

و بالجملة بعد ما لم يكن مجموع الدرهم و الدينار او العبدين لنفس البايع فيكون البيع منحلا الى بيعين فيترتب لكل منهما حكم نفسه فيكون البيع ولو مع امضاء الطرف الاخر فى مال نفسه ربويامن

الاول وكذلك فی بيع العبد الآبق فيكون باطل من الاول للجهالة فراجع الى تقرير ميرزا .

الجهة الثانية فی ثبوت الخيار للمشتری وعدمه لا شبهة فی عدم ثبوت الخيار للمشتری فی صورة العلم بالحال وبان المبيع ليس للبايع بمجموعه وانّما بعضه للغير كما انّه لاشبهة فی عدم ثبوته للبايع فی فرض العلم بذلك واما مع جهل المشتری فلا شبهة فی ثبوت الخيار له والوجه فی ذلك على ما يأتی فی محلّه المسمی بخيار تبعضّ الصفقة مع انا قلنا انه منحل الى بيعين كالعام الاستغراقی هوان المشتری قد اقدم على اشتراء هذين المالين مشترطا على البايع فی ضمن العقد ولو بمئونة القرائن الغرفية والانضمام العرفی ان ينضم احدهما بالآخر فاذا خلاعن ذلك الانضمام فيثبت للمشتری الخيار وهذا هو المتفاهم باذهان العرف والعقلاء فيكون مدرك هذا الخيار هو تخلّف الشرط الضمنی كما هو واضح ومن هنا تظهر جهة الفرق بين العام الاستغراقی المنحّل الى افراده وبين المقام وبهذا يمكن ايضا دعوى ثبوت الخيار للبايع ايضا اذا جهل بالحال و اعتقد أن المالين له فان جهله بالحال يوجب ثبوت الخيار له اذا ظهر احدهما مستحقا للغير ولم يمض المعاملة فان مقتضى الفهم العرفی هوأن بيع كل واحد من المالين مشروط بالاخر وانه يبيعه بهذا العنوان كما اذا باع الثوب العتيق مع الجديد ببيع واحد ولكن بيعه الجديد من جهة العتيق وان العتيق لايباع منفردا ثم ظهر انّ العتيق مال الغير فيكون البايع مختارا فی الفسخ والامضاء مع العلم بالحال بمقتضى ذلك الشرط الضمنی فهوان بيعه هذا مشروط

بكون الثوب العتيق له دون غيره ٠

و بهذا الملاك ظهر انّه يثبت الخيار للبايع اذا اعتقد انه وكيل من الغير فى بيع ماله فباع فرسه مع فرس نفسه فظهر أنه ليس بوكيل من قبله فانّ بيعه هذا كان بحسب الشرط الضمنى مشروطا ببيع الآخر فرسه للرقابة والا فلا يبيع فاذا ظهر انّه ليس بوكيل من قبله و لم يمض ايضا بيعه هذا فيكون للبايع ايضا خيار هنا بل يثبت الخيار لكل من البايع و المشترى فى كل مورد تحصل فيه المخالفة بالشرط الضمنى بحيث يساعد العرف و العقلاء على ذلك بان يفهم العرف ذلك الاشتراط ولا يكون من قبيل الاضمار فى القلب كماهو واضح ٠

الجهة الثالثة فى التقسيط و بسط الثمن الى اجزاء المبيع مع ردّ المالك و ربّما قيل فى طريق معرفته كما هو المنسوب الى القواعد واللمعة والشرايع من انّهما يقوّمان جميعا من حيث المجموع ثمّ يقوّم كل واحد منهما ثم تنسب قيمة كل واحد منهما الى المجموع من حيث المجموع فيؤخذ بتلك النسبة فيسترد الثمن من المشترى كمااذا باع مال نفسه مع مال الغير بعشرين دينارا فلم يمض الغير ذلك البيع فيقوم كل واحد بعشرة دنانير و المجموع ايضا بعشرين فنسبة قيمة كل منهما الى المجموع بالنصف فيسترد من اصل الثمن نصف القيمة ٠

فاورد عليه المصنف بما حاصله أن الاوصاف و ان لم تكن مما تقابل بالثمن ولايقسط الثمن اليها والى الاجزاء ولايقال ان ثمن الفرش الفلانى يقسّط الى اجزائه واوصافه بل متمحض فى مقابل الاجزاء فقط و انّما الاوصاف قد توجب زيادة الثمن و انها دخيله فى

ذلك كما مرّ مراراً عديدة اذ من البديهى أن اجراء الفرش ليس لها الا قيمة الصوف واوصافها توجب زيادة تلك القيمة ولكن فى مقام البيع لا يقسّط الثمن اليها والى الاجزاء .

وعلى هذا فهذا الضابطة الذى افيد فى المقام انما يستقيم فيما اذا لم تكن الهيئة الاجتماعية دخيلة فى زيادة الثمن كما هو الغالب ولعله لاجل هذه الغلبة التجأ كثير من الاعلام بهذا الضابط واما لوكانت الهيئة الاجتماعية دخيلة فى الزيادة فلايمكن التقسيط بهذا الضابط كما اذا كان المبيع مصراعى باب احدهما لنفسه والآخر لغيره او زوج خفّ احدهما لنفسه والآخر لغيره وهكذا مما تكون الهيئة الاجتماعية دخيلة فى ازدياد القيمة فانّه لو قسط الثمن الى كل منهما على الضابط المذكور يلزم فيه المحذور مثلا لوكانت قيمة كلا المصراعين معاً عشرة وقيمة كل منهما درهمين وكان الثمن الذى وقع عليه البيع خمسة فانه اذا رجع المشترى الى البايع بجزء من الثمن نسبة ذلك الجزء الى مجموع الثمن كنسبة الاثنين الى العشرة فتكون النسبة بالخمس فيسترد من البايع بملاحظة هذه النسبة النسبة خمس الثمن فهو الدرهم الواحد فيبقى للبايع فى مقابل المصراع الآخر اربعة دراهم فيكون ما اخذه من الثمن ازيد من حقه فانّ الثمن متساوية بين المصراعين على الفرض فما الموجب لاستحقاق البايع اربعا فى مقابل المصراع الواحد والمشترى واحدا فى مقابل مصراع الاخر الذى مال الغير .

وبعبارة اخرى ان البايع انّما يستحق من الثمن مع الرد بالمقدار الذى يستحقه مع الاجازة فلا شبهة ان ذلك بالنصف مع الاجازة

فليكن كذلك مع الرد ايضا فما الموجب للازدياد فى صورة الرد ٠

نعم فى اغلب الصور التى لاتكون الهيئة الاجتماعية دخيلة فى ازدياد القيمة فالضابط المذكور لا باس به سواء كان قيمة كل منهما متساوية او متفاتة كما هو واضح ٠

ثم وجه المصنف هذا الوجه باخذ النسبة للمشترى لئلا يردعليه النقص بدخالة الهيئة الاجتماعية فى زيادة الثمن وحاصله أن يقوّم المجموع من حيث المجموع ثم يقوم كل واحد مستقلا و ينسب الى المجموع و يأخذ المشترى تلك النسبة و باعتبارها يأخذ الثمن من البايع وفى المثال المتقدم يسترد الاربعة و يبقى للبايع واحد فلا توجب زيادة الثمن بالهيئة الاجتماعية نقصا فى المطلب كما هو واضح ٠

ثم اورد عليه بان هذا وان يسلم من اشكال الزيادة بالاجتماع ولكن ينتقض بكون الهيئة الاجتماعية موجبة لنقصان القيمة فان هذا فرض ممكن و هذا كما لو باع جارية مع امّها بثمانية وكانت قيمة كل واحدة منها بعشرة فانه لاشبهة فى عدم ترتّب النفع على صورة ـ الاجتماع الذى يترتب على غير صورة الاجتماع لعدم جواز الجمع بين البنت والام ومن هنا نقل قيمة صورة الاجتماع فلو اخذت النسبة للمشترى فيلزم حينئذ للمشترى ان يجمع بين الثمن والمثمن فانه يسترد من البايع على هذا تمام العشرة فيبقى الجارية الاخرى للمشترى بلا ثمن لكون قيمة احدهما المنفردة الى مجموع القيمتين نسبة الشئ الى مماثله ٠

ثم بعد ما لم تتم هاتان الصورتان التجا المصنف الى وجه آخر وحمل عليه كلام القواعد واللمعة والشرايع و هو ما اختاره فى الارشاد

وحاصله ان يقوم كل واحد منفردا من دون ان يقوم المجموع من حيث المجموع ثانيا ثم يوءخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين مثلا اذا باع مجموع المالين بثلاث دنانير وقوم مال الغير باربع دنانير ومال البايع بدينارين فيرجع المشترى بثلثيى الثمن اذن فيسلم ذلك من اشكالى الزيادة والنقيصة ·

واشكل عليه السيد ره فى حاشيته بان هذا انما يتم فيما كانت الهيئة الاجتماعية موجبة للزيادة او النقيصة بالسوية واما لو اوجبت ذلك بالتفاوت فلا يتم مثلا اذا كان احدهما يزيد قيمته بالانضمام و الآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقة المصنف قده فيما اذا قوم احدهما منفردا باثنين ومنضما باربعة والآخر منفردا باربعة ومنضما باثنين ان يكون لمالك الاوّل ثلث الثمن ولمالك الثانى ثلثاه مع ان قيمة مال الاول فى حال الانضمام ضعف قيمة مال الثانى فى تلك الحال فينبغى ان يكون للاول الثلثان وللثانى الثلث و هكذا فى سائر الاختلاف ·

ومن هنا اختار مذهبا آخر وهو ان يقوم كل منهما منفردا لكن بملاحظة حال الانضمام لا فى حال الانفراد ثم يوءخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين و على هذا فيسلم من جميع الاشكالات فى جميع مراتب الاختلاف من دون لزوم محذور فى ذلك لا فى صورة زيادة القيمة بالاجتماع و لا فى صورة نقيصته بذلك ولو كان ذلك الاختلاف بالتفاوت لا بالسوية فان تقويم كل واحد بقيد الانضمام يوجب تقسيط المجموع من حيث المجموع الى الافراد بلا زيادة و نقيصة فلاحظ ذلك بالامثلة ثم احتمل رجوع ما

ذكره الجماعة من تقويم كل واحد منفردا الى ذلك بان يكون مرادهم بالانفراد هو الانفراد بقيد الانضمام لا الانفراد بما هو انفراد و هذا الذى افاده السيد ره من الجودة بمكان كما هو واضح و امّا المثلى فقد فصّل المصنف فيه بين ما كانت الحصّة مشاعة فقسط الثمن على نفس المبيع و ان كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما فى القيمى من ملاحظة قيمتى الحصتين و تقسيط الثمن على المجموع ثم امر بالتفهيم وفيه انّه لاوجه لهذه الكيفيّة فى التقسيط على وجه الاطلاق لا فى المشاع ولا فى المفروض لامكان ان يكون المثلى مشاعا و مع ذلك تتفاوت قيمة حصة كل منهما بتفاوت الحصتين فى المقدار كأن يكون لاحدهما تسعة امنان من الحنطة و للآخر من واحد ـ لبداهة تفاوت الاثمان بتفاوت العروض قلة وكثرة فان المبيع كلما كثر رخص وكلّما قل غلى و ان كان حصّة كل منهما من صبرة واحدة وعلى نسق واحد فى الجودة و الردائة كما هو المفروض على الاشاعة ولامكان ان يكون المثلى مفروض و يكون مع ذلك كل من النصيبين من كومة واحدة و صبرة خاصة فيجب ان يقابل كل حصتى البايع و المشترى بما يخصّه من الثمن فيكون كالمثلى المشاع لا كالقيمى ٠

قوله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار ٠

اقول لو قال بعت نصف الدار فهل المراد منه نصف المشاع او النصف المختص بعد العلم بعدم ارادة حصة الشريك و احتياجه الى المئونة الزايدة ٠

تارة يعلم من القرائن الخارجية او بتصريحه ان البايع اراد الشقص الخاص و النصف المعيّن من نصف نفسه او نصف شريكه فلا

کلام لنا فیه فحکم ذلك معلوم علی تقدیر قصد مال نفسه او مال غیره٠

واخری یقول انی أرید من کلامی هذا بعت نصف الدار ما یکون لفظ النصف ظاهرا فیه فهوعلی قسمین لانه تارة یکون المراد به ما یکون لفظ النصف ظاهرا فیه بنفسه و یکون المقصود مفهومه من دون القرائن الخارجیة فیکون المراد الجدی للمتکلم معلومامن ذلك واخری ما یکون ما تکلم به من الجملة المرکبة ظاهرة فیه من بعت نصف الدار مع ملاحظة خصوصیّة النسبة والاضافة الی نفسه والتصرف فیه وقد خصّ السید ره فی حاشیته مورد کلام المصنف هو بالقسم الثانی ای ما یکون النظر فیه الی مفهوم النصف فقط بلا توجه الی ما تقتضیه القرائن الخارجیة واورد علیه بانّه علی هذا لایبقی مجال للتمسك بظهور المقام اوغیره من کون التصرف واضافة البیع الی نفسه ظاهران فی نصف نفسه فی مقابل ظهور النصف فی الاشاعة اذ الرجوع الی الظهورات انما هو لتشخیص المرادات والمفروض ان المتکلم لم یقصد خصوصیة ملکه او ملك غیره وانما قصد مفهوم النصف الذی مقتضاه لیس الا الاشاعة فان المفروض انه لم یقصد خصوصیة ملکه بل یکون لفظ النصف ظاهرا فیه٠

وفیه انّ السیّد لم یتصور ظاهرا قسماً آخر هنا ولذاجعل مورد کلامه ما یکون المقصود مفهوم النصف بلا لحاظ القرائن الخارجیة و هو متین لوکان مراده هذا وکان حینئذ جعله ما یقتضیه مفهوم النصف معارضا بما تقتضیه القرائن الخارجیة مناقضة واضحة اذ بعد کون المقصود هو مفهوم النصف فقط فلا مجال لهذه المعارضة و دعوی القرائن علی خلافه وانما المراد معلوم بلا شك ولکن مراده لیس

هو الشق الاول بل الوجه الثانى الذى هو الوجه الثالث و قوله ففيه احتمالان اى ما يحتمل ان يراد منه النصف المختص او النصف المشاع منحصر بهذا القسم و الا لو كان مراده هو الاول لم يكن مورداً لوجهين بل كان تمحضا لارادة النصف المشاع فقط بظهور لفظ النصف فيه و لم يكن النصف المختص محتملا لعدم جريان القرائن الخارجيّة فيه بوجه اذن فلا يكون هذا القسم موردا للكلام كما فى حاشية السيد وعلى هذا فلا يردّ عليه ما اورده السيد نعم يرد عليه ان مورد الكلام ليس هو القسم الثالث فقط بل هنا قسم رابع الذى جعله السيد مورد لكلامه بعد رده كلام المصنف على زعمه و هو ما يكون مراد البايع من النصف شيئا معينا من نصفه المختص اوالمشاع فى الحصتين و لم يعلم التعين مع كونه معينا واقعا و فى علم البايع الا انه اجمله فيكون ظهور كلامه حجة هنا ايضا من ارادة الفرد المعين فيكون داخلا فى الكلام فحينئذ يقع الكلام ايضا فى ان المراد من ذلك اى شئ هل هو نصفه المختص او المشاع ليكون من كل منهما الربع او نصف الشريك و حيث لم يتصور السيد هنا قسما آخر مع رده القسم الثانى جعل هذا مورد لكلامه فقط و لكن عرفت انّ محط كلام المصنف هو القسم الثالث لا ما زعمه السيد من القسم الثانى الذى لا يحتمل ان يكون مراده ذلك كما هو واضح من كلامه و ربما يقال بعدم امكان جعل القسم الثالث مورداً لمحط النزاع بل لا بدّ من تخصيص محل النزاع بما ذهب اليه السيد ره اذ لو كان القسم الثالث هو محط النزاع فلازمه ان لا يعلم ان البيع فى ملك من وقع هو البايع ام الشريك الآخر فالجهل بالمالك يوجب بطلان البيع ٠

وفيه انك عرفت سابقا أن الجهل بالمالك لايضر بصحة البيع بعد العلم بالمبيع وان حقيقة البيع عبارة عن المبادلة بين المالين فمعرفة المالك ليست بدخيلة فى صحة البيع الا اذا كان تعيين المبيع محتاجا الى معرفة المالك فبدونها لاتعيين للمبيع بل ولاتحقق له كما اذا كان المبيع كليا فى الذمة فانه لاتعيين لذلك الا باضافة الى شخص خاص معين فلو قال بعتك منا من الحنطة فى ذمة رجل لبطل البيع واما فى غير تلك الصورة فلا دليل على وجوب تعيين المالك كما لايخفى اذن فالقسم الثالث ايضا داخل فى محلّ النزاع لعدم اضرار الجهل بمالك المبيع كما لايخفى فافهم .

ثم ان المصنف فى مقام تعين المراد فى مقام الاثبات قد احتمل الوجهين فى مثل هذا الكلام وقول البايع بعت نصف الدار من ارادة نصف المختص او نصف المشاع ومنشأ الاحتمالين اما ـ تعارض ظاهر النصف اعنى الحصة المشاعة فى مجموع النصفين مع ظهور انصرافه فى مثل المقام من مقامات التصرف الى نصفه المختص وان لم يكن له هذا الظهور فى غير المقام او تعارضه مع ظهور انشاء البيع فى البيع لنفسه لانّ بيع مال الغير لابدّ فيه امّا من نبة الغير او اعتقاد كون المال لنفسه واما من بنائه على تملكه للمال عدوانا كما فى بيع الغاصب والكل خلاف المفروض هنا .

ثم ذكر انه مما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين قول البايع بعت غانما مع كون الاسم مشتركا بين عبده وعبد غيره حيث ادعى فخر الدين الاجماع على انصرافه الى عبده فقاس عليه ما نحن فيه اذ ليس للفظ البيع هنا ظهور فى عبد الغير فيبقى ظهور

البيع فى وقوعه لنفس البايع و انصراف لفظ المبيع فى مقام التصرف الى مال المتصرف سليمين عن المعارض فيقر بها اجمال لفظ المبيع هذا ما افاده المصنف مبنيّا على حفظ الظهور للفظ النصف و لكنه فاسد ٠

و التحقيق هو تقديم ظهور النصف الذى هو النصف المختص على القرائن الخارجية بعد العلم بعدم ارادة نصف الشريك لكونه مفروغا عنه و ارادته محتاجة الى القرائن التى منتفية هنا ٠

بيان ذلك ان النصف بعد كونه ظاهرا فى النصف المشاع بين البايع لتصرفه و الشريك الآخر فلا يمكن رفع اليد عنه بالقرائن الخارجية اعنى ظهور الانشاء اما ظهور الانشاء فبانا نمنع كونه ظاهرا فى كون البيع للبايع بعد ما صح بيع مال الغير بل كما انّه ظاهر فى بيع مال نفسه وكذلك ظاهر فى بيع مال غيره ايضا الا فى بيع الكلى حيث أنه لايمكن الا باضافة البيع الى نفسه فيكون هذا قرينة على ارادة البيع لنفسه اذ لامعنى لبيع الكلى فى ذمة الغير لعدم التعين كأن يقول بعت منّا من الحنطة فى ذمة رجل و المفروض ان المبيع فى المقام ليس كليّا بل امر معيّن كما هو واضح على انّه يكون قرينة موجبة لرفع اليد عن ظهور البيع فى الاشاعة اذا لم يكن للكلام ظهور فى مورده فسياتى فى الوجه الثانى من القرائن ان مورد البيع هو النصف المشاع ابتداء فلا يمكن رفع اليد عن ظهوره ٠

و اما ظهور التصرف فى كون المبيع مال نفسه فيحكم بكون النصف للبايع ٠

ففيه ان هذا الظهور و ان كان لاينكر و أنه قرينة على ارادة

مال نفسه و رفع الید عن ظهور النصف الا انه لایمکن الاخذ به و رفع الید عن ظهور النصف فی الاشاعة ·

و ذلك لانّه انّما یکون اذا کان الکلام مجملا و لم یکن له ظهور فی مورده و الا فلا وجه لرفع الید عنه و المصیر الی ما تقتضیه القرائن وفی المقام انّ النصف له ظهور فی الاشاعة الذی مقتضاه کون الربع من مال البایع و الربع الآخر من مال الغیر لیکون محتاجا الی الاجازة و بعد ما کان مورد البیع هو ذلك فلا وجه لرفع الید عنه اذ هو کرفع الید عن ظهور البیع فی مال الغیر ابتداء فی سائر الموارد·

مثلا لوکان للشئ معنی حقیقی و معنی مجازی و قال احد بعت الشئ الفلانی وکان ذلك الشئ بمعناه الحقیقی شخص آخر موجودا عند البایع و بمعناه المجازی کان لنفسه فهل یمکن رفع الید عن ظهور کون البیع للغیر و ارادة المعنی المجازی بدعوی أن ظاهر التصرف کون المال لنفسه فلا وجه لذلك بعد کون مورد البیع هو مال الغیر و هکذا و هکذا ·

و بالجملة أن النتیجة هو ان مقتضی کون النصف ظاهرا فی النصف المشاع و واردا علی المال المعین فی الخارج هو ان المبیع هو النصف المشاع المشترك بین المالك الشریك و البایع فیکون ربع الدار مبیعا من حق البایع و ربعها مبیعا من الشریك و محتاجا الی الاجازة لکونه فضولیا کما لایخفی فلا یمکن رفع الید عن ظهوره الذی هو مورد البیع بالقرائن الخارجیة و انما ذلك فی صورة عدم ورود الکلام علی مورد المعنی الحقیقیة و الا فلا وجه لرفع الید عنه کما هو واضح فلا یکون الکلام ظاهرا فی النصف المختص کما ذهب الیه المشهور

هذا كله مع ملاحظة ظهور لفظ النصف فى الاشاعة واما اذا انكرنا ذلك كما هو كك فيكون المقام مثل بعت الغانم المشترك بين عبد نفسه وعبد جاره ٠

وتوضيح ذلك ان لفظ النصف لم يوضع فى اللغة للنصف المشاع بل لمطلق النصف من الشئ ولا أنه منصرف الى النصف المشاع عند اطلاقه وعليه فلا وجه لدعوا اختصاصه بالنصف المشاع فيكون الغرض منه فى المقام هو الكلّى وتوهم انّ البايع لم يقصد خصوصية ملكه فلا يمكن الحمل عليه كما فى حاشية السيد فاسد فان النصف مع قطع النظر عن قصد خصوصية الملك كلّى يحتمل ان يكون النصف الذى يختص بنفسه او بشريكه او النصف المشترك بين البايع والشريك وحينئذ فيكون ظهور كلامه فى كون المراد من النصف نصف نفسه فيكون مثل بيع الغانم فيرتفع الاجمال بواسطه ظهور الكلام فى بيع نصفه المختص ٠

وذلك فانه وان صح بيع مال الغير فضولة ولكن مقتضى كونه مال الغير يمنع عن شمول أوفوا بالعقود للبايع وانّما يشمل المالك المجيز حين اجازته وفى المقام بعد منع كون النصف ظاهرا فى النصف المشاع لا وضعا ولا انصرافا لا دافع لشمول دليل الوفاء بالعقد على عقد البايع فاذا كان هو المخاطب بالوفاء بالعقد فيكون المبيع هو النصف المختص كما انّ الامر كك فى بيع غانم المشترك بين عبده وعبد الغير فكما انّه لا موجب لدفع ظهور بيع غانم عن غانم نفسه فكك فى المقام لكون النصف هنا ايضا مشتركا بين نصفه المختص اوالمشاع او نصف الشريك فكان ان ظهور البيع فى بيع غانم فى بيع نفسه

برفع الاجمال فكك فى المقام بلا زيادة و نقيصة فكما ان البايع فى بيع غانم مخاطب بدليل الوفاء بالعقد و هكذا هنا ايضا فافهم .

وعلى هذا فيصح ما ذهب اليه المشهور من كون الكلام ظاهرا فى النصف المختص دون المشاع او حصة الشريك .

و من هنا ظهر الفرق بين المقام و بين مسئلة الاقرار بانّ نصف الدار ازيد مع كونها مشتركة بالاشاعة بين المقر و شخص آخر حيث ان الاقرار اخبار عن الواقع فيكون اقراره بنصف الدار للغير اخبارا عن واقع نصف الدار لا فى نصفه المختص فهو مشترك بين المقر و شريكه الآخر فحيث ان الاقرار بالنسبة الى الربع فى حقة و بالنسبة الى الربع الآخر فى حق الغير فيكون اقراره بالنسبة الى ربع شريكه لغوا دون ربع نفسه .

و هذا بخلاف البيع فانك عرفت أن النصف كلى يصدق على نصف نفسه و نصف غيره فظهور البيع بمقتضى اوفوا بالعقود يوجب كونه نصفه المختص دون المشاع بل ارادة النصف للمشاع بحيث يكون معنى بعت نصف الدار بعت ربعا من حصتى و ربعا من حصة شريكى ليكون المراد من النصف النصف المشترك بين البايع وشريكه لا نصفه المختص من خلاف الظهور بمكان كادان يلحق بالاغلاط من دون قرينة عليه فضلا عن يكون هو الظاهر من اللفظ و من هنا ظهر حكم ما لو اصدق الزوج المراة عينا معينا فوهبت نصفها المشاع من الزوج قبل الطلاق استحق النصف بالطلاق لانصف الباقى و قيمة النصف الموهوب و ان هذا من قبيل ما نحن فيه وأن النصف يصدق على النصف الباقى فيدخل تحت قوله تعالى فنصف ما فرضتهم فيكون

تمليك الزوجة الزوج نصف الصداق منطبقا على النصف الاخر كما هو واضح و ان ارادة الربع من النصف الموهوب و الربع الآخر من النصف الباقى من خلاف الظهور بمكان ٠

و بالجملة أن مقتضى الظهور و فهم العرف كون المراد بالنصف هو ان الباقى حق للزوج فبحصر حق الزوجة بالنصف الموهوب من باب انحصار الكلّى بالمصداق يتعين حق الزوج بالباقى و ارادة النصف المشترك بين الموهوب و الباقى خلاف الظاهر فضلا عن ان يكون موضوعا له او منصرفا اليه و اذن فلا وجه لتوهم المنافات بين هذه المسئلة و ما نحن فيه ٠

وكان كلامنا فى مسئلة بيع نصف الدار و ملك النصف فقد ادعى المصنف تعارض ظهور النصف فى النصف المشاع و ظهور البيع و التصرف فى النصف المختص و قد قلنا ان ظهور النصف يتقدم على الظهور الاخر و لكن لا نسلم ظهور النصف فى المشاع لا بالوضع و لا بالانصراف بل المتبع انّما هو ظهور البيع فى الحصة المختصة فيكون ظهور البيع فى بيع مال نفسه كما هو الظاهر فى جميع الموارد اذا لم تكن قرينة على الخلاف فان النصف و ان كان حقيقة فى النصف المشاع ايضا ولكن ظاهرا البيع أن الشخص يبيع مال نفسه فيشمله دليل الوفاء لكون ذلك الظهور متبعا ما لم تقم قرينة على الخلاف فيكون المقام مثل بيع الغانم المشترك بين عبد نفسه وعبد غيره المعين بظهور البيع فى عبد نفسه فيرفع الاجمال به و لاينافى ذلك مسئلة الاقرار بكون نصف الدار لزيد مثلا المحمول على النصف المشاع بحيث يكون النتيجة ان الربع من مال المقرّ و ذلك اذ ظهور البيع كما عرفت انّه متعلق

علی ماله و هذا بخلاف الاقرار فانه اخبارعن الواقع فمفاده انّ نصف الدار واقعا لزید لا النصف المختص لی فظاهر ذلك هو النصف المشاع مع قطع النظر عن حصة نفسه وعن حصة الغير فيلزم له الربع لانّ الاقرار بمقدار ثابت عليه و اما بالنسبة الى الربع الآخر فاقرار فى حق الغير فلا ينفذ الا ان تكون هناك قرينة على ارادته من النصف النصف المختص فهو اقرار آخر و بالجملة هذه المسئلة اجنبية عن المقام بتمام الجهة ·

و اما مسئلة الطلاق فهى عين محلّ الكلام وهى انه لو زوج احد امراة فوهبت الزوجة نصف مهرها للغير ثمّ طلقها الزوج فيتعين حقه بالنصف الباقى المشاع فيكون مختصا به و خارجا عن الاشاعة بمقتضى قوله تعالى فلكم نصف ما فرضتم لهن لا ان حق الزوج هو النصف الباقى اعنى ربع الكل و قيمة نصف التالف فلا تنافى بين ما ذكرناه هنا و بين هذه المسئلة ·

و اما مسئلة الصلح فلاوجه لتوهم تنافيها لما ذكرناه ايضا لخروجها عن المقام فهى أنه لو اقر من بيده المال بكون نصفه لاحد المدّعيين وكان هذا المدعى يدعى نصف بالسبب المشترك بينه و بين المدعى الآخر كالاخوّة مثلا ثم صالح المقر له النصف المقر به للمقر فلا ينفذ هذه المصالحة الا فى الربع اعنى نصف المقر به فانّ نتيجة ضم احد الاقرارين بالآخر انّ النصف المقرّ به مشترك بين المدعيين فتكون المصالحة بالنسبة الى الربع الآخر الذى نصف المقر به و حق للمدعى الآخر فضولية فيحتاج الى اجازة المدعى الآخر كما لا يخفى و هذا كما ترى لا ارتباط لها بمسئلتنا التى كلامنا فيها ·

و اما مسئلة الاقرار بالشريك الآخر كما اذا كان المال بين

الشخصين بالنصف فاقر احدهما بكون الثلث للثالث وكون التقسيم بينهم اثلاثا بالنصف وأنكر الشريك الآخر فحمل الاقرار على الثلث المشاع من العين كما فى المتن فيكون ثلث العين للثالث وحينئذ فان تعدد المقرّ لتعدد الشركاء وكانوا عدولا فيكون اقرارهم هذا شهادة فيتبع به وان لم يتعدد المقر ولم يكن عدولا فى صورة التعدد فيكون اقرار أحدهما بالشريك الثالث مأخوذا فى حقه فقط فيكون ما بيده من النصف نصفا بين المقر والمقر له لا أنه يكون ثلث ما بيده له وثلث الباقى لانّ المنكر وان كان معذورا فى عقيدته فى الظاهر ولو كان الواقع على خلاف عقيدته ولكنه غاصب بزعم المقرّ السدس وظالم لذلك بتصرفه فى النصف لانه باعتقاده انما يستحق الثلث فالسدس الفاضل فى يد المنكر نسبته الى المقرّ والمقرّ له على حد سواء فانه قد تالف من العين المشتركه فوزع على الاستحقاق .

ودعوى ان مقتضى الاشاعة تنزيل المقرّ به على ما فى يد كل منهما فيكون فى يد المقرّ سدس وفى يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك وقال ان له فى يد كل منهما سدساً واقراره بالنسبة الى ما فى يد الغير غير مسموع فلا يجب الا ان يدفع اليه ثلث ما فى يده وهو السدس المقرّ به وقد تلف السدس الآخر بزعم المقرّ على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعة بان ما فى يد الغير ليس عين ما له فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره ودار غيره فى صورة الافراز بل هو مقدار حصته المشاعة كحصّة المقر وحصة المقرّ له بزعم المقرّ الا انه لما لم يجبر المكذب على دفع شيئ مما فى يده فقد

تلف سدس مشاع یوزع علی المقر و المقر له فلا معنی لحسابه علی المقر له وحده و هذا واضح جدا کما فی المتن و هذا بخلاف صورة الاقرار فان کل من الشخصین وضع یده علی مال معیّن فحق المقرّ له بالنسبة الی ما فی ید المنکر قد تلف باذن الشارع فی الظاهر ما لم یثبت دعواه فاقرار الشخص الآخر بثلث ما فی ید نفسه و ثلث ما فی ید الغیر لا یوجب الاثبات الا انه فی مقام الترافع یکون من الشهداء علی المنکر و اما المنکر فمعذور علی عقیدته اعتمادا اصالة عدم کونه ما بیده ملکا للمقر له ولو عند الشک و المقر فقط بمقتضی اقراره ملزم علی الاداء لکونه حجة علیه دون المنکر و ان لم یدع العلم بکون ما له بل یکفی ولو مع دعوی الشک وعدم العلم علی الواقع لکفایة یده و اصالة عدم کونه ملکا للمقرّ له فی کون ما بیده ملکا له ٠

و اما مسئلة الاقرار بالنسب بعد ثبوت القسمة و ثبوت حق کل من الوارث فی یده عین ما ذکرناه ایضا من کون ما فی یده مشترکا بین المقر و المقر له و لیس بینهما تنافی الاعلی الاحتمال ذکره السید فی حاشیته و لنتعرض له فتکون موافقة للقاعدة و فتوی المشهور هنا بحمل ذلک علی الاشاعة وعدم کون ما فی ید المقرّ نصفا بینهما بل یعطی الزائد من حقة فقط فتکون البقیّة علی الوارث الآخر فیکون التلف باذن الشارع فی الظاهر فی تصرفهم فی ذلک ما لم یثبت خلافه ٠

و هذا انما هو من جهة بعض الروایات الضعیفه المنجبرة بعمل المشهور و الا فکان مقتضی القاعدة هو ما ذکرناه من کون ما هو فی

يد المقر مشتركا بين المقر والمقر له بالنصف مثلا ولكن يرد عليه أنه مضافا الى عدم جبر ضعف الرواية بالشهرة ان دلالتها ايضا غير تمام فان الموجود فيها انّه شريك فى المال و يلزم ذلك فى حقه او حصته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك فى ماله كله ٠

فمن الواضح ان كون الآخر شريكا فى المال او ثبوت حقه فى حق المقر ليس معناه أن للمقر له حق فى حصته مشاعا بل يمكن ان يكون على النحو الذى ذكرناه على طبق القاعدة كما لا يخفى فافهم ٠

فتحصل ممّا ذكرناه انّ مقتضى القاعدة فى المقامين ثبوت حق المقر والمقر له فى ما بيد المقر على النصف وكون الفائت بالنسبة اليهما على حد سواء وفى مسئلة الاقرار بالنسب وان أفتى المشهور على خلاف القاعدة وكون حق المقر له مشاعا بالنسبة الى المقر والطرف الآخر ولزوم الزائد عن حق المقر على المقر ولكن ذلك لاجل الاخبار الخاصة وقد عرفت ضعفها سندا ودلالة ٠

ثم قد أبد القرق صاحب الجواهر بين المسئلتين والتزم بكون المقر والمقر له بالنسبة الى ما فى يد المقر والفائت على حد سواء فى المسئلة الاولى و بنحو المشاع فى مسئلة الاقرار بالنسب و قال فى وجه ذلك على ما فى حاشية السيد ٠

يمكن أن يقال أن فتوى المشهور فى كل من المقامين على القاعدة والفرق بينهما أن فى المقام التلف للمال المشترك على حسب اقرار المقر مستند الى يد المقر حيث انه اثبت اليد على النصف الذى ثلثه مشترك بين المقر والمقر له فيكون محسوبا عليهما وفى

مسئلة الاقرار بالنسب ليس مستندا الى اليد بل هو من جهة مجرّد انكار المنكر لخصوص حصة المقر له و الا فلا اثر لليد لان المفروض كون المال تركة للميت و لا يد لاحد عليها غيره و حينئذ فنقول أن المقر له معترف بان للمقر ثلث التركة اذا كانوا ثلثة اخوة مثلا فلابدّان يصل اليه حصته و القدر التالف انما تلف على خصوص المقر له من جهة عدم اعتراف الاخ المنكر بكونه وارثا و الى ذلك اشار فى الجواهر حيث قال بعد العبارة التى نقلناها فى بيان الفرق بين المقامين او يقال أن المأخوذ فى الاول قد كان بسبب شرعى يعم الشريكين و هو اليد بخلاف الثانى فانه قد اخذ بسبب يخصّ الاخ المنكر و هو اقراره باخوة من انكر و ذلك أمر يخصّ لاخ المنكر دون الاخّ المقر الذى قد اعترف الثلثة باخوته و لم ينقص المال بسبب شرعى يعمه بل كان ذلك بامر يخصّ خصوص المتخاصمين و هو الاقرار من احدهما بالآخر و انكار الآخر اياه و ذكر فى باب الصلح ايضا ما يفيد ذلك و كذا فى باب الاقرار بالنسب فراجع ٠

و محصل كلامه فى مسئلة الاولى قد استند التلف الى يد المقرّ و فى الثانية الى خصوص المتخاصمين و لكن لا محصل لذلك و لا يكون هذا وجه الفرق بينهما بل فى المقامين الامر كما ذكر اذ المقرّ فى كلتا المسئلتين قد اقرّ الثلثة باخوّته و بالجملة لم يتحصّل من كلامه هذا شئ فى وجه الفرق بين المقامين و الحق ما ذكرناه ٠

و قال شيخنا الاستاذ ان المقر لم يقر ازيد ما يزيد من حقه المختص به من أصل المال لانه اقر بانّ ثلث اصل المال للمقر له فيكون الزائد مما يستحق هو السدس و السدس الآخر باقيا فى النصف

الذى تحت يد الطرف الأخر المنكر للشريك الثالث ولم يقرّ أن ما فى يدى نصفه للثالث والا فهو خلاف الاشاعة .

وفيه ان هذا وان كان صحيحا وقد اشار اليه المصنف فى كلامه بقوله ودعوى أن مقتضى الاشاعة الخ وأجاب عنه ولكن نكتة الكلام هو أن أصل المال على حسب اقرار المقر مشترك بين الثلثة اثلاثا فلا موجب لكون المقر مالكا لما فى يده بمقدار حصته و يكون الزائد فى ما يستحقه للشريك الثالث المقر له الا القسمة فلا شبهة أنها غير مشروعة اذ ليست برضاية الشركاء أجمع فيكون باطلة اذن فليس النصف الموجود فى يد المقر الا نصف المال المشاع بين الثلثة فحيث انّ من بيده النصف الآخر اعنى المنكر بحسب اعتقاده يرى نفسه مالكا لما فى يده وان كان الواقع على خلافه لان مقتضى يده بل مقتضى اصالة عدم كون الثالث مالكا هو ذلك وان لم يدع كونه مالكا قطعا بل يدعى اننى لا أعلم غيرى مالكا لذلك النصف فيكون دعواه فى الظاهر عن حجّة شرعية ما لم يعمّ دليل على الخلاف واما المقر الذى فى يده نصف الآخر فهو مقر بان الثلثة كلهم مشتركون فى اصل المال فيكون ما فى يده نصف المال المشاع المشترك بين الثلثة فبعد قطع يد الطرف الآخر باخذه النصف فيكون هذا النصف مشتركا على الاشاعة بين المقر والمقر له ويكون الفائت عليهما وليس ذلك الا نظير ما اخذ الغاصب من المال المشترك المشاع مقدارا عدوانا فبقى المقدار الباقى فى يد احد الشركاء اذ لا يوجب ذلك اختصاص ذى اليد بمقدار حقه بذلك المال بل الباقى والفائت بين الشركاء على حدّ سواء غاية الامر أن فى المقام ان الطرف الآخر

بزعمه لیس غاصبا بل انما یتملك النصف مستندا الی الحجة الشرعیة من أصالة عدم کون الثالث شریکا لهم و فی مسئلة الاقرار بالنسب أن اصالة عدم کون الثالث ورثة و شریکا معهم کماهو واضح فلاشبهة فیه .

و هذا النکتة قد سقط من کلام شیخنا الاستاذ و الا فلم ینکر احد أن المقر لم یقر بنصف ما فی یده بل بثلث أصل المال لیکون بالنسبة الی ما فی یده السدس .

هذا کلّه فی النصف المشاع و اما النصف المفروض فقد ظهر حکمه من اول المسئلة الی هنا فلو قال بعت نصف الدار المعیّن وکان حق کلّ من البایع و شریکه الآخر مفروضاً فیحمل علی نصف نفس البایع لاعلی نصف شریکه فیکون ذلك ایضا من قبیل بیع الغانم فان ظهور البیع فی کونه لنفسه ما لم تقم قرینة علی الخلاف .

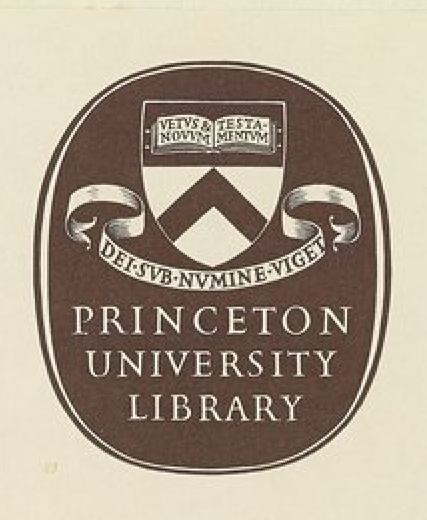
ثم هذا کلّه فیما کان اجنبیّا بالنسبة الی النصف الآخر و أما لوکان بالنسبة الی النصف الآخر ایضا جائز التصرّف کان یکون وکیلا من قبله او ولیّا له فهل یحمل البیع هنا ایضا علی نصف نفسه او النصف الغیر المختص و قال شیخنا الانصاری ره انه لوکان البایع وکیلا فی بیع النصف او ولیّا عن مالکه فهل هو کالاجنبی وجهان مبنیّان علی ان المعارض لظهور النصف فی المشاع هو انصراف لفظ البیع الی مال البایع فی مقام التصرف او ظهور التملیك فی الاصالة الاقوی هو الاول .

و لکن الظاهر أنه لافرق بین المقامین فان قلنا أن النصف له ظهور فی النصف المشاع فیقدم علی کل من الظهورین اذ ظهور

البيع فى بيع نفسه او ظهور التمليك فى الاصالة انما يتقدم على ظهور النصف فى المشاع اذا لم يرد على مال غيره وقد فرضنا أن له ظهور فى وروده على مال الغير فلا يعارض شئ من الظهورين لذلك

وان لم نقل بظهور النصف فى النصف المشاع وان كان حقيقة فيه ايضا ولكنه من باب كونه مصداقا لكلّى النصف الشامل له وللنصف المختص وللنصف المختص لشريكه واما اختصاصه بالمشاع فلا لاوضعا ولا انصرافا .

وعليه فلا وجه لرفع اليد عن ظهور البيع فى بيع نفسه سواء كان جائز التصرف فى النصف الآخر كما فى صورة الولاية والوكالة اولم يكن جائز التصرف وبالجملة المثال فى الاجنبى وغيره واحد فلا وجه للتفريق بوجه فافهم كان الفراغ من تسويد هذه الصحائف يوم الاحد ٢ شهر شعبان سنه ١٣٧٤ ويتلوه أن شاء الله تعالى المجلد الخامس .


VETUS & NOVUM TESTAMENTUM
DEI·SVB·NVMINE·VIGET
PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY


WERT
BOOKBINDING
Grantville Pa
JAN-FEB 1991
We're Quality Bound

منشورات کتابفروشی وجدانی - قم - گذرخان :

۱- المباحث الفقهیه از (۱ - ۲۰) کتاب طهارت تا کتاب الایلاء- تألیف سید محمد جواد ذهنی طهرانی .

۲- فصول المنطق جلد ۱- ۲ تألیف : سید محمد جواد ذهنی طهرانی

۳- توضیح المبانی (شرح مختصرالمعانی) فارسی جلد اوّل تألیف : سید محمّد جواد ذهنی طهرانی

۴- الوصول الی کفایة الاصول لآیة الله الشیرازی ۱- ۵ ج

۵- آلاء الرحمن للبلاغی - ۱- ۲ ج

۶- عدّة الداعی للحلّی - ۱ ج

۷- کامل الزّیارة لابن قولویه - ۱ج

۸- کفایة الأصول لآیة الله الخراسانی مع حاشیة الشیخ علی قوچانی

۹- فرائد الاصول للشیخ مرتضی الانصاری

۱۰- السیوطی بضمیمة شرح ابن عقیل ۱ ج

۱۱- تفصیل النشأتین و تحصیل السعادتین للراغب الاصفهانی

۱۲- کلمات طریفه للفیض الکاشانی

۱۳- منتهی المطلب للعلامة الحلّی